

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES - CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

DOUGLAS QUIRINO BAYER

**LIBERDADE RELIGIOSA *VERSUS* O PLENO DIREITO À EDUCAÇÃO
DOS ALUNOS SABATISTAS**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**CACOAL – RO
2016**

DOUGLAS QUIRINO BAYER

**LIBERDADE RELIGIOSA *VERSUS* O PLENO DIREITO À EDUCAÇÃO
DOS ALUNOS SABATISTAS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal de
Rondônia – UNIR – Campus de Cacoal,
como requisito parcial para a Conclusão do
Curso de Direito, sob a orientação da
professora M.^a Daeane Zulian Dorst.

**CACOAL – RO
2016**

B3571 Bayer, Douglas Quirino.
Liberdade religiosa versus o pleno direito à educação dos
alunos sabatistas / Douglas Quirino Bayer – Cacoal/RO: UNIR,
2015.
83 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientadora: Profa. Ma. Daeane Zulian Dorst.

1. Direito constitucional. 2. Liberdade religiosa. 3. Direito à
educação. 4. Guarda sabática. I. Dorst, Daeane Zulian. II.
Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.
CDU – 342

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

LIBERDADE RELIGIOSA *VERSUS* O PLENO DIREITO À EDUCAÇÃO DOS ALUNOS SABATISTAS

DOUGLAS QUIRINO BAYER

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professora M.^a Daeane Zulian Dorst - UNIR - Presidente

Professora M.^a Simone Maria Gonçalves de Oliveira - UNIR - Membro

Professor M.e Telmo de Moura Passareli- UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal, 25 de fevereiro de 2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que sempre me guia pelos melhores caminhos.

Agradeço a minha mãe, Dorizete Quirino, e ao meu pai, Antonio Joel Bayer, pelos incentivos, amor e compreensão que sempre tiveram por mim.

Agradeço a minha esposa Liliam Ferreira Sodré Bayer por ser a melhor esposa do mundo.

Agradeço a turma de direito 2011/Noturno/UNIR/Cacoal por ter me proporcionado longos cinco anos de muito estudo e divertimento.

Agradeço a UNIR, principalmente ao corpo docente do departamento de Direito/Cacoal. Profissionais da educação que foram fundamentais para realização dessa minha conquista.

E, por fim, a professora M.^a Daeane Zulian Dorst, por ter me auxiliado na concretização desse trabalho.

Meu muito obrigado a todos!

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é o de justificá-los, mas o de protegê-los.

Norberto Bobbio

RESUMO

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, aprovada em 1996, regulamentou as grandes linhas da educação brasileira traçada pela Constituição Federal de 1988, e, em seu art. 24, VI, determinou que para não ser reprovado por falta, o aluno deve ter no mínimo 75% de presença. Ocorre que no Brasil existem religiões que crêem na guarda sabática. Do por do sol de sexta-feira ao por do sol de sábado é o período em que os fiéis têm que se dedicar apenas as questões espirituais ou filantrópicas. Estão impossibilitados, por convicção religiosa, de comparecer as aulas noturnas ministradas nas sextas-feiras e nos sábados, ficando dessa forma, a mercê de serem reprovados em determinadas matérias por atingirem o quorum máximo de faltas permitido. Por outro lado, a Constituição Federal, em seu art. 5º, VI e VIII, assegura a liberdade religiosa e seus desdobramentos, sendo taxativa em dizer que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. Diante desse fato, o presente trabalho analisará, através do método dedutivo, as consequências fáticas e jurídicas da liberdade religiosa versos o pleno direito à educação dos alunos sabatistas.

PALAVRAS-CHAVES: liberdade religiosa, direito à educação, falta, guarda sabática.

ABSTRACT

The Law of Directives and Bases of Education, passed in 1996, regulates the broad lines of Brazilian education outlined by the 1988 Federal Constitution, and its article. 24, VI, found that not to be reproached for misconduct, the student must have at least 75% attendance. It happens that in Brazil there are religions that believe in the Sabbath guard. By the Friday of the sun by the Saturday sun is the period in which the faithful have to devote only spiritual or philanthropic issues. They are unable, by religious conviction, to attend the evening classes held on Fridays and Saturdays, leaving thus the mercy of being failed in certain matters by reaching the maximum quorum allowed absences. On the other hand, the Federal Constitution, in its article. 5, VI and VIII, ensures religious freedom and its consequences, being adamant in saying that no one will be deprived of rights for religious belief reason, unless invokes it to exempt himself from a legal obligation required of all and refuses to comply alternative obligation established by law. Given this fact, the senses work shall, through the deductive method, the factual and legal consequences of religious freedom verses full right to education of students sabbatarians.

KEYWORDS : religious freedom , the right to education , lack , sabbatical guard.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
1.1	CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
1.2	EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.3	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E SUA POSITIVAÇÃO NA 18	
1.4	CARACTERÍSTICAS DOS DIREITO FUNDAMENTAIS	21
1.5	EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
2	LIBERDADE RELIGIOSA.....	26
2.1	HISTÓRICO DA LIBERDADE RELIGIOSA	26
2.2	LIBERDADE RELIGIOSA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	28
2.2.2	Constituição Política do Império do Brasil de 1824.....	28
2.2.3	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.....	28
2.2.4	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.....	29
2.2.5	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937.....	30
2.2.6	Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.....	31
2.3	LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	32
2.4	LIBERDADE RELIGIOSA NO DIREITO INTERNACIONAL.....	35
2.4.1	A Declaração Universal dos Direitos Humanos	36
2.4.2	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	38
2.4.3	Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).....	39
2.4.4	Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença	40

2.5	CONCEITO DE LIBERDADE RELIGIOSA	40
2.6	LIMITES DA LIBERDADE RELIGIOSA	43
3	DO DIREITO À EDUCAÇÃO	45
3.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EDUCAÇÃO	45
3.1.1	A educação do homem primitivo	45
3.1.2	A educação do homem antigo.....	46
3.1.2.1	<i>Educação grega</i>	46
3.1.2.2	<i>Educação romana</i>	47
3.1.3	A educação do homem medieval	48
3.1.4	A educação do homem moderno	48
3.1.5	A educação do homem contemporâneo.....	50
3.2	EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	50
3.3	DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	52
3.4	LEIS INFRACONSTITUCIONAIS QUE VERSAM SOBRE EDUCAÇÃO	55
3.5	DOS NÍVEIS DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA	56
3.5.1	Da educação básica	56
3.5.2	Educação superior	58
3.6	DO REGIME DE COMPENSAÇÃO DE FALTAS PARA GRÁVIDAS E ENFERMOS.....	59
4	PROBLEMÁTICA DO DIREITO A LIBERDADE RELIGIOSA VERSUS O DIREITO À EDUCAÇÃO	61
4.1	POSICIONAMENTO DO MEC.....	62
4.2	DECISÕES JUDICIAIS FRENTE LIBERDADE RELIGIOSA E DIREITO À EDUCAÇÃO.....	65

4.2.1	Decisões judiciais favoráveis ao abono de faltas.....	65
4.2.2	Decisões judiciais contrárias ao abono de faltas	70
	CONCLUSÃO	76
	REFERÊNCIAS.....	79

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a problemática da liberdade religiosa *versus* o pleno direito à educação dos alunos sabatistas.

A Constituição Federal de 1988 assegurou em seu art. 5, VI e VIII a liberdade religiosa e seus desdobramentos, bem como direito à educação no art. 205 e seguintes. Na Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (lei 9.394/1996), em seu art. 24, VI, estipula que para o aluno não ser reprovado por falta, deve apresentar um mínimo de 75% de presença nas aulas. Regra essa, que aparentemente em um juízo da razoabilidade, parece não apresentar descompasso algum.

Ocorre, porém, que no Brasil existem denominações religiosas que creem na guarda sabática. Do período do pôr do sol da sexta-feira ao pôr do sol do sábado compreende-se o intervalo temporal em que os fiéis devem dedicar-se apenas a práticas de questões religiosas e filantrópicas.

Em razão disso, há uma questão delicada aos alunos sabatistas que estudam no período noturno em instituições de ensino regular. Em determinadas situações, algumas matérias que são lecionadas as sextas-feiras à noite e aos sábados, representam em suas cargas horárias total mais de 25% (vinte e cinco por cento) da disciplina. Os alunos sabatistas, nessa situação, são automaticamente reprovados por faltas.

Dessa forma, fica a questão: não se estaria, pelo menos, cerceando um dos direitos fundamentais, a saber, o direito a crença religiosa ou o pleno direito à educação ao se reprovar por falta, um aluno sabatista que não comparece as sextas-feiras à noite e aos sábados em virtude de sua crença religiosa, mas que apresenta um bom resultado nos demais critérios avaliativos?

É com intuito de responder essa questão que o trabalho foi realizado.

Devido ao direito à liberdade religiosa e ao direito à educação serem considerados direitos fundamentais, no primeiro capítulo será abordado o conceito doutrinário desse grupo de direitos, bem como a forma que a Constituição Federal os disciplina. Também versará sobre suas características e a análise de sua eficácia diante de casos concretos.

No segundo capítulo abordará de forma específica o direito à liberdade

religiosa. Para isso será conceituado o que vem a ser de fato a liberdade religiosa e seus limites, já que nenhum direito fundamental é absoluto. Contemplará também um estudo histórico, demonstrando que para alguns doutrinadores a liberdade religiosa foi um dos primeiros direitos fundamentais a surgir. Ainda acompanhando essa parte histórica, serão analisadas as mais variadas constituições brasileiras, dando enfoque especial, como a liberdade religiosa foi positivada na CF/88. E, por último, abordará o direito a liberdade religiosa contemplado em tratados internacionais que o Brasil seja signatário.

No terceiro capítulo o direito à educação será o objeto de estudo. Abordará a forma como a educação foi exercida, protegida e sua função social desde o período do homem primitivo até o homem contemporâneo. Analisará com mais afinco como a CF/88 tratou as normas que a disciplina, bem como o estudo da LDB, norma infraconstitucional que regulamenta o sistema de ensino brasileiro.

E, por último, no quarto capítulo mostrará qual a posição do MEC em relação à possibilidade de alunos guardadores do sábado terem suas faltas das sextas-feiras à noite e dos sábados abonadas, bem como uma pesquisa jurisprudencial de como os tribunais estão se posicionando ao serem provocados a pronunciar-se entre essa aparente incompatibilidade de liberdade religiosa *versus* o pleno direito à educação dos alunos sabatistas.

O método de abordagem deste trabalho foi o dedutivo, que parte do conceito geral para o específico. A CF/88 assegura em linhas gerais que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. Assim, o aluno que alega motivo religioso para não comparecer as aulas de sextas-feiras e aos sábados, não se negando a executar prestação alternativa, estaria a liberdade religiosa apta a legitimar o abono de suas faltas?

O método de interpretação foi o dogmático jurídico, pois analisará a CF/88 como base dos princípios que norteiam os direitos fundamentais. Além disso, será estudado a LDB como norma que organiza o sistema educacional brasileiro. Também foi utilizado o método zetético de interpretação, que consiste na refutação de uma premissa, que neste trabalho foi em questionar de forma reflexiva decisões judiciais contrárias ao abono de faltas de alunos sabatistas, buscando compreender se elas coincidem com uma realidade justa ou não, quando confrontadas com a

eficácia da aplicação do direito à liberdade religiosa.

E, por fim, a técnica de pesquisa foi a bibliográfica; analisando legislações, decisões judiciais, artigos, teses de mestrado e doutorado que versem sobre o tema.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conceituar direitos fundamentais é um grande desafio, isso em virtude da sua grande dimensão dentro do direito.

Como aponta José Afonso da Silva (2008, p. 55), as terminologias “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direito público subjetivo” são algumas das mais diversas expressões adotadas pela doutrina para referir-se aos direitos fundamentais, apesar de não serem as mais corretas.

Para se ter uma ideia, mesmo com toda evolução e debates sobre esse tema, os constituintes originários da CF/88 ainda insistiram em atribuir nomes distintos aos títulos de direitos fundamentais existente no corpo da Lei Maior.

[...] a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e artigo 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, inc. IV). (SARLET, 1998, p. 29)

No entanto, apesar dessas diferenças de nomenclatura, o conceito abordado pelos doutrinadores convergem para um único entendimento: que os direitos fundamentais são o alicerce do Estado Democrático de Direito.

Sem eles, não haveria aos cidadãos uma proteção contra a ingerência indiscriminada do Estado em suas garantias e liberdades individuais, bem como a obrigatoriedade da existência de políticas públicas asseguradoras de um convívio social, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2007. p.20) define como direitos humanos fundamentais:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Seguindo essa mesma linha, Paulo Hamilton Siqueira Jr. (2007, p. 41) preceitua que os direitos fundamentais são aqueles essenciais ao homem para que haja uma satisfatória convivência no meio social.

Os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídicos e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal

Para Napoleão Casado Filho (2012, p. 21) direitos fundamentais são:

um conjunto de direitos, positivados, cuja finalidade é assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico.

Já José Afonso da Silva (2007, p. 179) pontua que “direitos fundamentais são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.

Assim, sintetizando, tem-se que os direitos fundamentais estão balizados no respeito à dignidade da pessoa humana e limitação da atuação do Estado. Sem a observação desses dois preceitos, não haveria como falar em um Estado Democrático de Direito.

1.2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar de muitos acreditarem que os direitos fundamentais tiveram origem no século XIII, não torna isso uma verdade, pois eles podem ser vistos sendo praticados desde o antigo Egito e Mesopotâmia, em que os indivíduos dispunham, em tese, de certos mecanismos de proteção individual contra a ingerência abusiva do Estado.

O Código de Hammurabi (1690 a.C) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente a supremacia das leis em relação aos governantes. (MORAES, 2007. p.6)

Com relação à contribuição do pensamento filosófico-religioso em torno dos direitos fundamentais, tem-se a defesa de Buda (500 a.C.) sob a tese de que deve haver a igualdade entre as pessoas. No cristianismo, em trechos bíblicos do novo testamento, há várias menções à harmonia, bondade e amor que deveriam existir entre as pessoas.

Um novo mandamento dou a vocês: Amem-se uns aos outros. Como eu os amei, vocês devem amar-se uns aos outros.
Com isso todos saberão que vocês são meus discípulos, se vocês se amarem uns aos outros. (BÍBLIA SAGRADA)

Posteriormente surge na Grécia a defesa da necessidade de se ter a liberdade e igualdades dos homens, exemplificado na previsão de participação política dos cidadãos, mas foi no Direito Romano que se produziu de forma mais clara e escrita, uma série de ditames com o intuito de tutelar os direitos individuais em relação à invasão indiscriminada do Estado. “A Lei das Doze Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadãos” (MORAES, 2007, p. 6).

Na idade média, mesmo existindo a severa subordinação entre suseranos e vassalos, os direitos fundamentais existiam em diversos documentos jurídicos, sempre com um mesmo traço básico: limitação do poder estatal.

A *Magna Charta Libertatum* (Magna Carta das Liberdades), outorgada pelo Rei João da Inglaterra, também denominado por João Sem-Terra, é um dos mais importantes documentos históricos dos direitos fundamentais, apesar de o documento constituir-se em liberdades específicas que atingiam, em alguns casos, tão somente a nobreza e o clero. Conforme Moraes (2007, p. 07) entre outras garantias, ela previa:

Liberdade da igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção (a multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional a gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário a subsistência e a posição do infrator – item 20); previsão do devido processo legal (nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país – item -39) ; livre acesso a justiça (não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer

peessoa a obter justiça – item 40) liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país.

Conforme Miguel Augusto Machado de Oliveira (2007, p. 81-83), posteriormente, impulsionado pela *Magna Charta Libertatum*, houve a criação cronológica de várias declarações de direitos fundamentais, como a *Petition of Right* (Petição de Direitos), de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights* (independência do parlamento, dano início a separação dos poderes), de 1689, e o *Act of Settlemente* (reafirmação do princípio da legalidade, possibilitando haver *impeachment* de magistrados), de 1701. No entanto, não é objeto desta pesquisa a discriminação de conteúdo mais aprofundado desses institutos jurídicos.

Por outro lado, em virtude de sua grande importância na evolução dos direitos fundamentais, cabe destacar de forma mais detalhada a Revolução dos Estados Unidos da América, que positivou no seu ordenamento jurídico vários documentos normativos, como por exemplo: Declaração de Direitos de Virgínia; Declaração de Independência do Estados Unidos da América; Constituições do Estado Unidos da América.

Dentre as três, prioriza-se a Declaração de Direitos de Virgínia, que já na Seção I estipulava o direito à propriedade, à liberdade e à vida.

Moraes (2007, p. 9) destaca outros direitos fundamentais que foram expressamente previstos na Declaração de Direitos de Virgínia:

O princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal do Júri, o princípio do juiz Natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa (Só a razão e a convicção, não a força e a violência, podem prescrever a religião e as obrigação para com o Criador e a forma de as cumprir; e, por conseguinte, todos os homens tem igualmente direito ao livre culto da religião, de acordo com os ditames de sua consciência – Seção XVI).

Posteriormente, fruto de uma grande pressão social, motivada pela falta de competência da nobreza, do clero e da burguesia em resolver os problemas políticos e econômicos que assolavam a França, sem penalizar ainda mais as classes mais baixas da população e contanto com a influência direta da Revolução dos Estados Unidos da América, surge a Revolução Francesa na qual houve a maior consagração normativa dos direitos fundamentais, baseados nas ideias de liberdade, igualdade e fraternidade.

Em 26-8-1789, a Assembleia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos. Dentre as inúmeras e importantes previsões, podemos destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência a opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência; liberdade religiosa, livre manifestação do pensamento. (MORAES, 2007, p. 9)

Conforme Miguel Augusto Machado de Oliveira (2007), posteriormente a Revolução Francesa, em setembro de 1791, os franceses promulgaram a primeira Constituição contendo formas de controle do Estado, no entanto foi a Constituição de 1793 que regulamentou melhor as questões de direitos fundamentais. Moraes (2007, p. 9) cita o preâmbulo dessa constituição, que assim dizia:

O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases de sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra de seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por consequência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e cidadão.

Seguindo essa linha evolucionista, nos séculos XIX e XX, várias outras nações também criaram suas constituições, consagrando e protegendo os direitos fundamentais e direitos sociais. Entre elas, cita-se a Constituição Espanhola (1812), a Constituição Portuguesa (1822), a Constituição Mexicana (1917) e Constituição de Weimar (Constituição Alemã) (1919).

Dessa forma, tem-se que as ideias de direitos fundamentais sempre existiram na história da humanidade, pois são intrínsecos à pessoa humana. O que ocorreu foi que em algumas épocas eles foram totalmente ignorados, em outras, descritos em alguns institutos, mas sem eficácia para a classe social menos favorecida. Só com a positivação destes direitos nos corpos das constituições, foi que eles passaram a ter uma melhor efetividade para todos os cidadãos.

O fato de os direitos fundamentais estarem descritos no corpo da Lei Maior, não é por mera questão de ordem legislativa, e sim fruto de um entendimento

histórico-filosófico que esses direitos são os mais importantes de uma nação, já que o Estado foi criado para servir o homem, e não o contrário.

1.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E SUA POSITIVAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nesse tópico aborda-se de forma breve a positivação dos direitos fundamentais nas constituições que o Brasil já teve ao longo de sua história imperial e republicana.

Em 07 de setembro de 1822, D. Pedro, às margens do rio Ipiranga, proclama a independência do Brasil com o grito “Independência ou Morte”. Fruto desse ato, em 1824 foi outorgada a primeira Constituição brasileira (Constituição Política do Império Brasileiro). Mulheres, mendigos e pobres estavam excluídos do direito ao sufrágio e os direitos fundamentais foram expressos em um rico rol, apesar de ainda existir a escravidão.

Moraes (2007, p.13) mostra que no art. 179, da referida constituição tinha os seguintes direitos fundamentais:

princípio da igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento, impossibilidade de censura prévia, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem de autoridade competente, fiança, princípio da reserva legal e anterioridade da lei penal, independência judicial, princípio do juiz natural, livre acesso aos cargos públicos, abolição de açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis, individualização da pena, respeito à dignidade do preso, direito de propriedade, liberdade de profissão, direito de invenção, inviolabilidade das correspondências, responsabilidade civil dos estados por atos dos funcionários públicos, direito de petição, gratuidade do ensino público primário.”

Rompendo com o período Imperial, em 15 de novembro de 1889, ocorre a Proclamação da República Brasileira. Foi instituído, naquele mesmo dia, um governo provisório republicano. Faziam parte desse governo, marechal Deodoro da Fonseca como presidente da república e chefe do Governo Provisório.

Tendo Ruy Barbosa como um dos coautores, em 1981 foi promulgada a Constituição da Primeira República. Nela, além dos direitos e garantias individuais que já haviam sido consagrados na constituição anterior, foi constitucionalizado,

entre outros, o *habeas corpus*, direito de associação, abolição das penas galés (penas de trabalho forçado), abolição da pena de morte, gratuidade do casamento civil (MORAES, 2007).

As constituições de 1934, 1937 e 1946, apesar de cada uma ter suas peculiaridades, momentos políticos e sociais distintos, repetiu em seus textos os direitos e garantias individuais que já haviam sido consagrados no ordenamento jurídico anterior. Conforme Moraes (2007, p. 14), na Constituição de 1934 foi acrescentado, entre outros diretos, “a escusa de consciência, irretroatividade da lei penal, assistência jurídica gratuita”; na Constituição de 1837: “impossibilidade de aplicação de penas perpétuas, a guarda e o emprego da economia popular”; na Constituição de 1846: “A lei não poderá excluir de apreciação do poder judiciário qualquer lesão do direito individual, o instituto de mandado de segurança e direito de certidão”.

Continuando nessa linha evolucionista, no início dos anos 60, o clima político do Brasil estava enfrentando bastante instabilidade. De um lado as forças conservadoras, buscando que de alguma forma houvesse a intervenção militar, do outro, um governo populista, acusado de comunista e socialista.

Em primeiro de abril de 1964, houve a intervenção militar, na qual o Presidente João Goularte foi deposto. Logo em seguida, no ano de 1967 foi promulgada uma nova constituição brasileira.

Segundo os dizeres de Napoleão Casado Filho (2012, p. 61-61),

No campo dos Direitos Humanos, a Constituição de 1967 em muito retrocedeu, se comparada com sua antecessora. Entre tais prejuízos aos direitos fundamentais, destacam-se: a) supressão da liberdade de publicação de livros e periódicos, estabelecendo censura prévia a fim de evitar a subversão da ordem; b) restrição ao direito de reunião facultando à polícia o poder de designar o local para ela. Com tal poder, a polícia conseguia, facilmente, impossibilitar a reunião; c) criação da pena de suspensão dos direitos políticos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, para aquele que abusasse dos direitos de manifestação do pensamento, exercício de trabalho ou profissão, reunião e associação, ou que atentasse contra a ordem democrática ou praticasse a corrupção (art. 151); d) manutenção de todas as punições, perseguições e exclusões políticas decretadas pelos atos institucionais. Um aparente paradoxo, em relação à Constituição anterior, é o dispositivo concernente ao respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, preceito inexistente, de forma explícita, nas Constituições precedentes. Contudo, a eficácia desse artigo não saiu do plano teórico, em vista do clima geral de redução de liberdade e da consequente impossibilidade de denúncia dos abusos que ocorressem.

O citado autor, ainda acrescenta em relação à Constituição de 1967 (2012, p. 62)

Um aparente paradoxo, em relação à Constituição anterior, é o dispositivo concernente ao respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, preceito inexistente, de forma explícita, nas Constituições precedentes. Contudo, a eficácia desse artigo não saiu do plano teórico, em vista do clima geral de redução de liberdade e da consequente impossibilidade de denúncia dos abusos que ocorressem.

Por fim, nessa linha histórica de Constituições brasileiras, chega-se à Constituição Federal de 1988, a qual ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais e foi a responsável pela redemocratização do país.

Conforme Napoleão Casado Filho (2012, p. 91):

A Constituição Cidadã rompeu de vez com o passado autoritário e, no lugar da supressão de liberdades imposta durante a ditadura militar, fez surgir novos valores, favoráveis à redução das desigualdades sociais, aos direitos fundamentais, à democracia e a todos os valores ligados à dignidade da pessoa humana.

Nesse mesmo sentido, preceitua Paulo Hamilton Siqueira Jr. (2007, p.108)

No contexto da evolução social e mundial dos direitos humanos, o sistema jurídico pátrio inseriu, desde a Independência, nas Constituições, regras atinentes aos direitos e garantias fundamentais. Mas, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que o nosso sistema jurídico manifestou de forma extraordinária a garantia aos direitos humanos. A atual Magna Carta consagrou-se como o maior instrumento de proteção de direitos humanos da história constitucional do nosso povo. É um marco jurídico de reingresso do Estado de Direito no nosso sistema jurídico. A Constituição de 1988 constitui o documento de transição democrática e o conseqüente reconhecimento dos direitos humanos, sendo regularmente denominada de Constituição Cidadã. Ao promulgar a Constituição Federal de 1988, o Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Constituinte, afirmou 'a Constituição é, caracteristicamente, o estatuto do homem, da liberdade, da democracia (...). Tem substância popular e cristão o título que a consagra: a Constituição Cidadã!'"

No seu Título II, a Constituição Federal de 1988, elencou vários dos direitos fundamentais. No entanto, não procede o entendimento que ali é o único rol desses direitos. Conforme dita Sarlet (1998, p. 75), eles compreendem "um sistema aberto e flexível, receptivo e novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante".

Espalhados pelo corpo constitucional são vários os direitos fundamentais encontrados. Ademais, a própria Constituição em seu art. 5º, § 2º, aduz: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Dada a importância que os legisladores constituintes deram aos direitos fundamentais, já que se estava saindo de um período de vinte e um anos de ditadura militar, em que esses direitos eram muito das vezes violados e suspensos, como ocorreu com a expedição do Ato Institucional n.5 (AI-5), criou-se um mecanismo no texto constitucional denominado de cláusula pétrea, que entre outras funções, protege os direitos fundamentais de possíveis tentativas de abolição do corpo da Carta Magna, por parte dos legisladores reformadores (NETO, 2006).

Isso significa, conforme art. 60, § 4º, IV da CF/88, que os artigos que dispõem sobre os direitos fundamentais não podem ser abolidos, inclusive por meio de emendas constitucionais.

1.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITO FUNDAMENTAIS

Pelo fato de os direitos fundamentais terem uma elevada posição “hierárquica” entre os outros direitos positivados, adquire dessa forma características específicas.

Assim, traz-se aqui as características dos direitos fundamentais mais abordadas pela doutrina.

Conforme Alexandre Moraes (2007, p. 22), de forma resumida, são as seguintes características:

- Imprescritibilidade: os direitos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo;
- Inalienabilidade: não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso;
- Irrenunciabilidade: os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia (...);
- Inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;

Universalidade: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;

Efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;

Interdependência: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;

Complementaridade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

Com relação às características “efetividade e inviolabilidade” tratadas por Moraes (2007), necessário estudo mais aprofundado. Assim, encontra-se de forma complementar e mais detalhada a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco (2015) sobre o conteúdo dessas características, a qual ele dá o nome de “vinculação aos poderes públicos”.

Com relação à vinculação do Poder Legislativo, tem-se:

No âmbito do Poder Legislativo, não somente a atividade legiferante deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais, como a vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa. (BRANCO, 2015, p. 148)

Isso se deve ao fato de certos direitos fundamentais necessitarem de norma infraconstitucional para disciplinar o processo de sua efetivação. Não pode assim o haver a inércia do legislador em satisfazer tal lacuna, sob pena de dar legitimidade de se propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção.

Já sobre a vinculação do Poder Executivo, leciona:

A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados. (BRANCO, 2015, p.149-150)

Dessa forma cabe à administração pública, no limite do princípio da legalidade, sempre tentar, através de seus atos administrativos, dar a maior efetividade possível aos direitos fundamentais. Saber que eles não são letras frias, mas sim o alicerce de um regime democrático, fundado na dignidade da pessoa humana. A sua observância e aplicação nos casos práticos deve ser a regra a ser seguida.

Por outro lado, um fato importante que o autor faz referência é que não se pode diante da “vinculação do poder executivo” o “administrador realizar, ele próprio, juízo de inconstitucionalidade de uma lei e se recusar a lhe dar aplicação, por entendê-la discordante de um direito fundamental.” (BRANCO, 2015, p. 151).

A forma que deve agir o administrador quando se deparar com uma norma que ele julgue inconstitucional, por afrontar direitos fundamentais ou qualquer outro direito constitucional, é provocar a autoridade hierarquicamente superior a respeito.

Quanto à vinculação ao poder judiciário:

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais. (BRANCO, 2015, p. 153)

Dessa forma, em um caso concreto, deve o poder judiciário estar pronto para decidir os litígios que cheguem até ele, sempre tendo o propósito de conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais. Não se pode, qualquer que seja o pretexto, escusar-se de analisar e decidir a lide levada até seu conhecimento.

1.5 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No art. 5º, § 1º da CF/88 o enunciado traz que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

No entanto a doutrina faz algumas ressalvas com relação à aplicação imediata dessas normas ao caso concreto. Isso porque existem no corpo da

constituição, normas de direitos fundamentais sociais programáticas, que necessitam de norma regulamentadora para poderem gerar efeitos no plano fático.

Seguindo essa visão Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 289-290) esclarece:

Enquanto a plena eficácia dos direitos de defesa, integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, que, preponderantemente, reclamam de uma atitude de abstenção dos poderes estatais e dos particulares (como de destinatários dos direitos), virtualmente não costuma ser questionada, o mesmo não se pode afirmar com relação ao direitos sociais, ao menos não quando considerados na sua dimensão prestacional.

Corroborando com esse entendimento, anota Silva (2005, p. 180)

A eficácia e a aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo. A constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (§ 1º do art. 5ª). Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrado dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a tê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios dirigentes e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

Dessa forma, depreende-se que mesmo o art. art. 5º, § 1º da CF/88 atribuir aplicação imediata aos direitos fundamentais, tem-se que ter um senso crítico ao ponto de perceber que isso se manifestaria como algo impossível com relação a algumas normas de direitos fundamentais sociais.

Já com relação aos direitos fundamentais de defesa, não se pode usar o entendimento da não aplicabilidade imediata da norma constitucional, em virtude de a mesma depender de uma lei infraconstitucional, para, teoricamente, gerar efeitos.

Outro argumento que justifica a tese da aplicabilidade imediata dos direitos de defesa diz com a presunção fundada no art. art. 5ª § 1º, da nossa Constituição. Vale a pena consignar, a este respeito, a lição de Vieira de Andrade, para quem, em se cuidando em direito, liberdades e garantias (em suma, de direitos de defesa) e em ocorrendo a falta (ou insuficiência) de lei, 'o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade

imediatas das normas constitucionais, presumindo a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa', (SARLET, 1998, p.290)

Assim, nesse trabalho adota-se o posicionamento de Sarlet (1998, p. 296) e dos demais doutrinadores acima citados, pois em se tratando de direitos fundamentais de defesa, mesmo que normas constitucionais estejam condicionado a elaboração de uma lei infraconstitucional, deve haver a seu favor a presunção de aplicabilidade imediata e da máxima efetividade, não apenas autorizando, mas de certa forma, impondo ao poder judiciário que aplique as referidas normas ao caso concreto, concedendo o pleno exercício do direito fundamental postulado.

2 LIBERDADE RELIGIOSA

2.1 HISTÓRICO DA LIBERDADE RELIGIOSA

Desde os primórdios, as civilizações tinham uma relação muito próxima com a religião. Culturas como, por exemplo, do Egito antigo, Persas e Maias tinham como forma de governo a Teocracia. O líder da Nação era tido como a figura de um Deus, ou representante deste na terra. (CACERES, 2005)

Dessa forma, o Estado e Religião era uma coisa só. Não havia a liberdade religiosa, já que o povo devia obediência ao governante, e a base disso consistia em acreditar e cultivar a mesma crença do seu líder.

Continuando na linha história da evolução da liberdade religiosa, temos a idade média, também conhecida como idade das trevas, nome este muito sugestivo a grande intolerância às religiões não oficiais que houve na época. O catolicismo, fortalecido por ser apoiado pelo Estado, criou as horrendas inquisições. (CACERES, 2005)

Como percebe-se, desde sempre o homem buscou uma divindade para cultivar, o ser supremo, detentor do poder de interferir nos acontecimentos da vida terrena. Por outro lado, a liberdade religiosa, no seu sentido mais básico, o de apenas poder escolher qual religião seguir, foi amplamente negado. A religião oficial do Estado era a regra a ser praticada.

Nesse trabalho, para imprimir um aspecto mais jurídico, não abordar-se-á de forma esmiuçada toda a relação histórica que a religião significou no contexto social e político de cada povo e em cada época, atendo-se à essa breve explanação.

Por outro lado, não se tem como ignorar a questão da liberdade religiosa no contexto da revolução dos Estados Unidos da América e revolução francesa, em que passou a existir os primeiros documentos constitucionais escritos e com certa efetividade a versarem sobre esse direito fundamental. (MORAES, 2007)

Provenientes da Revolução dos Estados Unidos da América, a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776 foi o primeiro documento a dar um tratamento específico a liberdade religiosa. Conforme transcreve Moraes (2007, p. 9) na Seção XVI continha o enunciado.

Seção XVI - Só a razão e a convicção, não a força ou a violência, podem prescrever a religião e as obrigações para com o Criador e a forma de as cumprir; e, por conseguinte, todos os homens têm igualmente direito ao livre culto da religião, de acordo com os ditames da sua consciência.

Seguindo essa mesma linha, nove anos depois, em 1978, os Estados Unidos da América aprova sua primeira constituição. A primeira emenda que ela teve versava sobre a positivação da liberdade religiosa, consagrando-a como um direito fundamental, protegido pela constituição, não dando possibilidade que os parlamentares reformadores pudessem de alguma forma restringi-la. Teraoka (2010, p. 22), traz a referida emenda:

O Congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir seu livre exercício, ou diminuir sua liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensa.

Assim, os Estados Unidos da América, abdica da relação Estado-Igreja, tornando-se laico. A sua neutralidade diante das mais variadas crenças passa a ser um dever constitucional.

Posteriormente na França, fruto da revolução francesa, foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que assegurava a liberdade religiosa ao proibir que alguém fosse molestado por motivos crença. Porém, também destacava que essa liberdade religiosa não era absoluta. Ela não poderia ser pretexto para se cometer um ato violação dos direitos alheio. Tinha-se aqui de forma implícita que os direitos fundamentais eram relativos (NETO, 2010). Posicionamento este adotado até os dias atuais.

A título de conhecimento, para análise na íntegra, o artigo décimo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão diz: “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”.

Posteriormente à consagração da liberdade religiosa pela França, outros países da Europa, através de seus textos constitucionais, também passaram a garanti-la. Essa linha evolucionista continuou, e hoje, são poucos os países, conforme pesquisa do *Pew Forum on Religion & Public Life* (2010), um organismo

de investigação internacional, que não tem em seus territórios, o mínimo desse direito fundamental, que é o de apenas poder cultuar sua fé sem ser hostilizado.

2.2 LIBERDADE RELIGIOSA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Para uma melhor compreensão do que significa liberdade religiosa, como norma constitucional detentora do status de direito fundamental, necessária uma breve análise de como esse direito foi tratado diante das Constituições brasileiras.

Dessa forma, faz-se breve resumo dos tópicos mais importantes que versavam sobre religião nos corpos das Cartas Magnas brasileiras.

2.2.2 Constituição Política do Império do Brasil de 1824

A primeira Constituição brasileira foi outorgada em 1824, período em que a Igreja Católica Apostólica Romana ainda exercia grande influência política na colônia. Dessa forma, a Constituição Imperial, em seu conteúdo trouxe grande aspecto religioso, sempre favorecendo a Igreja de Roma (TERAOKA, 2010).

Em seu art. 5º, determinava que o catolicismo seria a religião oficial do Império, ressalvando, porém, que as demais religiões poderiam existir, desde que seu culto fosse no âmbito doméstico. No seu art. 103, estabelecia que o Imperador deveria jurar perante o presidente do Senado, respeito ao catolicismo. Na questão política, no art.287, estabelecia que os cargos de deputados nomeados eram exclusivos aos católicos romanos. Já no art. 179, V, esboçando uma falsa tolerância religiosa, descrevia que “ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite à do Estado e não ofenda a moral pública.” (TERAOKA, 2010).

2.2.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891

Conforme Teraoka (2010) após o rompimento com o período Imperial, elaborado por Ruy Barbosa, o Decreto 119-A de 7/01/1890 foi o grande marco da

separação da Igreja e o Estado. Dentre seu conteúdo transformador, trazia em seu art. 1º que:

é proibido a autoridade federal, assim como a dos Estados federados, expedir leis, regulamentos ou atos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e criar diferenças entre os habitantes do país, ou nos serviços sustentados à custas do orçamento, por motivos de crença, ou opiniões filosóficas ou religiosas.

Sob a influência do Decreto 119-A/80, foi promulgada a Constituição de 1891, que seguiu positivando em seu texto o preceito de separação da Igreja de Roma com o Estado. Em seu art. 72, § 5º, declarava o caráter secular dos cemitérios. Anteriormente, era a igreja Católica que os administrava, dessa forma, pessoas tidas como “hereges” não podiam ser enterrados ali. Agora, os mais variados cultos religiosos poderiam realizar seus ritos litúrgicos nos sepultamentos de seus fiéis, desde que não ofendesse a moral pública e a leis. No art. 72, § 4º, trazia o reconhecimento exclusivo do casamento civil, que era gratuito. No § 6º, a obrigatoriedade expressa de que o ensino ministrado em estabelecimento público fosse leigo. No art. 72, § 28, previa a liberdade religiosa, porém como preceitua o § 29, não admitia a “escusa de consciência” (TERAOKA, 2010).

2.2.4 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

Diferentemente da Constituição anterior, a menção a Deus, como sendo a quem os representantes do povo brasileiro confiavam, veio previsto no preâmbulo do texto constitucional. No entendimento de Teraoka (2010) esse fato não trouxe uma restrição à liberdade religiosa. Apenas demonstrava, de forma implícita, que a grande maioria do povo brasileiro era cristão. Essa laicidade vem bem clara determinada no art. 17, II, III:

Art 17 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II - estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos; III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

De inovação, e também mantida por todas as constituições brasileiras seguintes, o art. 113, 1 dizia: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios,

nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.” Quanto à escusa de consciência, ela ainda continuava restrita. Apesar de no art.113, 4, prever que ninguém seria privado de direitos por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, ressaltava que a perda dos direitos políticos ocorreria “pela isenção do ônus ou serviço que a lei imponha aos brasileiros, quando obtida por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política”. Reconheceu-se no art. 113, 4 a liberdade de culto, desde que não contrariasse a ordem pública e os bons costumes. A educação religiosa passou a ser ministrada nas escolas de forma facultativa, sempre respeitando o credo de cada aluno. O casamento religioso passou a ter reconhecimento expresso de ter efeitos civis, desde que cumpridos todos os requisitos previstos no art. 146 da Constituição. (TERAOKA, 2010).

2.2.5 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937

Como na Constituição anterior, vedava à União, aos Estados e aos municípios, subvencionar, estabelecer ou embaraçar os cultos religiosos. No seu art.122, 4º continuou assegurando a liberdade de culto (TERAOKA, 2010):

todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes

A “escusa de consciência” ainda continuou vedada, pois no art. 119, b, previa a perda dos direitos políticos em caso de descumprimento de lei em virtude de convicção religiosa. O ensino religioso facultativo foi mantido, no entanto, com relação ao casamento religioso, este não foi mais assegurado no texto constitucional. Uma inovação na Constituição de 1937 foi a previsão no art. 137, d, de que o operário teria direito ao descanso em feriados religiosos, de acordo com o caso concreto: “o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local”.(TERAOKA, 2010).

2.2.6 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946

No mesmo sentido da Constituição de 1937, foi mantido a proibição de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de “estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício.” No capítulo II, Dos Direitos e Garantias Individuais, no art. 141 § 7º, estabelecia o livre exercício dos cultos religiosos “salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes.” Inovava ao trazer que “As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.” (TERAOKA, 2010).

Seguindo o estudo Teraoka (2010), mostra que um dos grandes passos dados sobre o tratamento religioso estava descrito no art. 31, V, b, que previa a imunidade tributária de templos de qualquer culto “desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins.” Mas a maior inovação, pelo menos para o estudo, é previsão de escusa de consciência, prevista no art. 141, § 8º:

Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.

No mais, manteve o instituto do descanso remunerado em dias e feriados religiosos, bem como o ensino religioso facultativo em instituições públicas de ensino. No art. 146, § 1, voltou a prever efeitos civis ao casamento religioso, desde que cumprisse os requisitos previstos em lei. (TERAOKA, 2010).

2.2.7 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967/69

Nos moldes da Constituição 1946, permanece a proibição de o Estado estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos. No entanto assegura colaboração entre Estado e religião no interesse público, especificamente nos setores de educacional, assistencial e hospitalar. Um grande retrocesso, em relação à Constituição anterior, é com relação a “escusa de consciência”, que não é

mais protegida. A recusa de cumprir obrigação a todos imposto por lei, em virtude de motivação religiosa, acarretava a perda dos direitos políticos. Por outro lado, a imunidade tributária dos templos de qualquer culto, ainda continuou a existir. No art. 150 § 5º, continuava assegurando a liberdade de culto, de consciência, desde que não contrariassem a ordem pública e os bons costumes. Também foram mantidos os direitos de repouso remunerado nos feriados religiosos; ensino religioso facultativo e o casamento religioso com efeitos civis. (TERAOKA, 2010).

2.3 LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Mais do que estudar a linha histórica de como a liberdade religiosa foi tratada nas constituições brasileiras, é de suma importância trazer a tona como ela está contemplada na Constituição da República Federativa do Brasil vigente.

Dessa forma, a seguir serão expostos os pontos mais importantes que versam explicitamente sobre esse direito fundamental.

Seguindo o padrão das Constituições brasileiras, com exceção das de 1891 e 1937, há a invocação de Deus pelo órgão constituinte no preâmbulo constitucional. No seu art.5º, VI, aparece a primeira menção explícita à liberdade religiosa: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”. (TERAOKA, 2010).

Como se vê esse artigo traz a proibição de violação de crença, seja pelo Estado ou por particulares. Protege esse direito de primeira dimensão. Não pode alguém ser coagido a abandonar sua fé. De outra forma, também é expresso o dever do Estado, ação positiva, de proteger os locais de cultos e suas liturgias de cada religião. É uma norma de dupla faceta. Ao mesmo tempo que limita a atuação do Estado frente à liberdade religiosa, vincula-o à obrigação de protegê-la de possíveis interferências ilícitas.

Quanto ao alcance da liberdade religiosa, a Constituição de 1988 traz uma inovação. No texto constitucional não vem mencionando de forma explícita que ela estaria limitada ao respeito de “ordem pública” ou “bons costumes” (TERAOKA,

2010). No entanto, como veremos no tópico 2.6 desse estudo, nenhum direito fundamental é ilimitado. Com a liberdade religiosa não é diferente.

Seguindo a mesma linha da Constituição de 1946, no art. 5º, VIII prevê a escusa de consciência ao preceituar que: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. (TERAOKA, 2010).

De uma leitura atenta do supracitado artigo, pode-se abstrair o entendimento que o indivíduo pode recusar a cumprir determinadas obrigações, impostas a todos por lei, que conflitem com suas convicções religiosas, políticas ou filosóficas, sem que isso possa acarretar restrições de seus direitos. No entanto, essa escusa de consciência não é absoluta. Deve o indivíduo que a invoque ser submetido a uma prestação alternativa que seja compatível com sua crença ou convicções políticas ou filosóficas.

Além disso, para invocar a escusa de consciência, deve haver uma série de ponderação do caso concreto. Conforme Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 314-315):

A objeção de consciência consiste, portanto, na recusa em realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral. Observe-se que a atitude de insubmissão não decorre de um capricho, nem de um interesse mesquinho. Ao contrário, é invocável quando a submissão à norma é apta para gerar insuportável violência psicológica. A conduta determinada contradiz algo irrenunciável para o indivíduo. É importante, como salientou a Corte Europeia de Direitos Humanos, que a objeção nasça de um sistema de pensamento suficientemente estruturado, coerente e sincero

Dessa forma, a escusa de consciência não pode ser invocada de forma indiscriminada, sem a realização de um juízo de valor baseado no grau de violação interna que o indivíduo estaria se sujeitando ao ser obrigado a seguir determinada norma legal, em detrimento à sua consciência. Se assim não fosse, o sistema jurídico estaria seriamente comprometido. A multiplicidade de casos que poderia surgir, invocando a escusa de consciência, para não cumprir obrigações a todos imposto em lei, tornaria a convivência e organização social insustentável.

Já com relação à prestação alternativa, que deveria ser elaborado pelo poder legislativo reformador, não há uma legislação federal que a discipline. Nessa parte pecam os legisladores a não lhe garantir o que manda a Carta Magna.

Porém, essa inércia não coaduna com o texto constitucional. A efetividade dessa norma que protege um direito fundamental não pode ficar a mercê da boa vontade do poder legislativo reformador. Nesse sentido, esclarece Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino. (2012, p. 133):

Constata-se, portanto, que o inciso VIII do art. 5.^o veicula uma norma constitucional de eficácia contida, na tradicional classificação de José Afonso da Silva. Com efeito, a escusa de consciência é plenamente exercitável, sem quaisquer consequências para o indivíduo, enquanto não for editada lei que estabeleça prestação alternativa ao cumprimento de determinada obrigação. Somente depois da edição da lei é que ninguém poderá alegar objeção de consciência e também se recusar a cumprir a prestação alternativa (que . não é uma sanção). Caso o faça, isto é, caso se recuse a cumprir a obrigação legal a todos imposta e também a adimplir a prestação alternativa prevista em lei, então, e somente então, poderá ser privado de direitos.

Seguindo a mesma linha, Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p.314) pontua:

A falta de lei prevendo a prestação alternativa não deve levar necessariamente à inviabilidade da escusa de consciência; afinal, os direitos fundamentais devem ser presumidos como de aplicabilidade imediata (art. 5.^o, § 1.^o, da CF). Cabe, antes, se uma ponderação de valores constitucionais o permitir, ter-se o objetor como desonerado da obrigação, sem que se veja apenado por isso.

No art. 19, I, segue a tendência de proibir ao Estado subvencionar, embaraçar o funcionamento, ou manter relação de aliança ou dependência com qualquer religião, ressalvando em caso de interesse público. Fica claro nesse artigo a laicidade do Estado. Deve ele tratar todas as religiões de forma isonômica, nunca privilegiando uma em detrimento de outras.

Prevê no art. 5.^o, II, a prestação religiosa nas “entidades civis e militares de internação coletiva”, positivando, dessa forma, o direito de um indivíduo cultivar sua fé, mesmo quando afastado do meio social e familiar, como por exemplo, em um sistema penitenciário, não se pode, de forma alguma, privá-lo desse direito.

Outros dispositivos constitucionais a versarem sobre religião são os art. 210, § 1.^o, ao prever o ensino religioso de matrícula facultativa; no art. 226, § 2.^o ao

determinar que o casamento religioso tem efeito civil; no art. 150 VI, b, ao estipular a imunidade tributária no tocante aos imposto.

2.4 LIBERDADE RELIGIOSA NO DIREITO INTERNACIONAL

Além de fazer um estudo histórico do direito à liberdade religiosa nas Constituições brasileiras, e da forma como ela foi tratada na CF/88, é relevante abordar os tratados internacionais os quais o Brasil seja signatário.

Dessa forma, nesse tópico trabalham-se os tratados internacionais que o Brasil seja parte, e que em seu conteúdo, trazem normas relativas à liberdade religiosa.

Primeiramente, para uma melhor compreensão do assunto, cabe suscitar um debate sobre a forma de incorporação dessas normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 717),

A Constituição de 1988 foi a primeira, no Brasil, a consagrar, de modo explícito, a possibilidade de outros direitos ingressarem no ordenamento, via tratados internacionais. Nesse assunto, trilhou os passos do texto português de 1976 (art. 16º, I), da emenda IX, de 1791, à Constituição norte-americana de 1787 e, indiretamente, da Carta francesa de 1958 (art. 54).

O art. 5º, § 2º da CF/88, estabelece que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Sobre esse artigo, muito foi o debate sobre o *status* hierárquico que os tratados internacionais detinham no ordenamento jurídico pátrio. Hoje a posição majoritária do STF é que esses tratados internacionais têm posição supralegal. Estão abaixo da Constituição e acima de das leis ordinárias. Bulos esclarece (2015, p. 720):

De 1977 a 2008 predominou na Corte Excelsa o entendimento majoritário de que os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos incorporavam-se à ordem jurídica brasileira na qualidade de atos normativos infraconstitucionais, isto é, como leis ordinárias (STF, RTJ, 83:809). A partir de dezembro de 2008, a Corte alterou, completamente, a sua

posição sobre o assunto.

Hoje a tese majoritária, predominante no Plenário do Supremo, é a seguinte: os tratados e convenções internacionais tem status supralegal, pois estão acima da legislação ordinária, situando-se contudo, abaixo da Constituição da República (STF, HC 87.585-8/TO, Pleno, Rel. Min. Marcus Aurélio, j. em 3-12-2008; STF Pleno RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 3-12-2008; STF, Pleno, RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 3-12-2008).

Por outro lado, na EC/2004 o constituinte reformador pretendeu dar um caráter mais protetivo aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Acrescentou o § 3º, no art. 5º da CF/88. Sua redação na íntegra preceitua o seguinte: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Assim, conforme ensina Uadi Lammêgo Bulos (2015), os tratados e convenções internacionais de direito humanos que forem aprovado pelo congresso da forma que preceitua o §3º, gozaram de status constitucional. De outra forma, os tratados internacionais que o Brasil seja signatário, aprovada de forma diversa, com o rito mais simples, terão, com base na jurisprudência majoritária do STF, a hierarquia de norma supralegal.

2.4.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro instrumento jurídico relativo aos direitos humanos elaborado por uma organização internacional e teve como ponto motivador, as mais variadas violações aos direitos humanos ocorridas no século XX.

Como preceitua Helenice Braun (2002, p. 123):

Após anos de violência e atrocidades, ocorridas principalmente no decorrer da Segunda Guerra Mundial, a humanidade percebeu o valor essencial da dignidade humana, que impulsionou, sem dúvida, a efetivação da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948.

Para sua aprovação, grandes foram as dificuldades encontradas, principalmente em virtude do aspecto político-ideológico daquela época. Muitos

países, sob a égide do princípio da soberania, não queriam aceitar que houvesse uma norma internacional que pudesse intervir com relação aos direitos humanos dentro de seus territórios. (BRAUN, 2002)

Apesar de toda a resistência encontrada, em 10/12/1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada. Conforme leciona Braun (2002, p. 136) era “composta de trinta artigos que definem, de forma clara e simples, os direitos essenciais, iguais e inalienáveis de todos os seres humanos como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Ela proclama o ideal comum a ser atingido por todos os povos e toas as nações.”

Com relação aos efeitos normativos, Helenice Braun (2002, p. 141) ensina que:

Em termos técnicos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus Estados-Membros, razão pela qual alguns doutrinadores argumentam que o documento não possui força vinculante

Porém, mais adiante em sua obra, a referida autora afirma que a Declaração tem sido citada de forma generalizada pelos estados, servindo de embasamento jurídico para decisões judiciais.

Os tribunais internacionais e nacionais vêm utilizando constantemente os princípios adotados pela a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ela possui autoridade como instrumento de efetivação e proteção dos direitos humanos e tem servido como fonte para que esses direitos se concretizassem. (BRAUN, 2002, p. 143)

Ao que mais interessa ao estudo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe o seguinte sobre liberdade Religiosa:

Art. 18. Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Assim, a declaração dá um passo decisivo frente à positivação e proteção a liberdade religiosa em âmbito internacional. Traz os dizeres que essa liberdade significa, em um sentido geral, o direto de o indivíduo poder decidir qual crença ou

religião quer seguir, e não ser inibido de ensinar, praticar ou exteriorizar os dizeres de sua fé.

2.4.2 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

Ratificado pelo Brasil em 24 de abril de 1992, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos trouxe em sua estrutura normas importantes em relação à liberdade religiosa.

Quanto a sua efetividade, Helenice Braun (2002, p. 162) defende que os Estados partes têm o dever de assegurar dentro de seus territórios a todos os indivíduos sujeitos a sua jurisdição os direitos nele reconhecidos, sem discriminação de qualquer espécie.

No artigo 18, destaca-se:

§1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esses direitos implicarão a liberdade de Ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

§2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de Ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

§3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

§4. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Um dos pontos importantes que se sobrepõe no supracitado artigo, refere-se à limitação de manifestar a religião, que só pode se dar através de uma lei. Lei esta que tenha o intuito de “proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”. Qualquer outra restrição legislativa à liberdade religiosa, que não seja nesse tocante, não deve prevalecer.

Tratando ainda sobre a liberdade religiosa, no art. 26 prescreve que não deve haver qualquer tipo de discriminação, dentre outros, por motivo de religião. A lei deve assegurar proteção igual a todos.

Sendo ainda mais específico, o pacto no seu art. 27, positiva o enunciado de proteção às minorias étnicas, religiosas, ou linguísticas.

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Ou seja, mesmo que dentro de um país um grupo religioso seja pequeno, não pode o Estado privar os membros daquela crença de poderem professar sua fé.

2.4.3 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)

Aprovada pela Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é tratado internacional (TERAOKA, 2010).

Com relação à liberdade religiosa, pontua Helenice Braun (2002) que não houve praticamente inovação. A redação ficou praticamente igual ao que previa o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Art. 12. Liberdade de Consciência e de Religião.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está unicamente sujeita às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, tem direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas convicções próprias.

A única diferença perceptível foi com relação à expressa previsão de poder *divulgar* a sua religião.

2.4.4 Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença

Em 1981 a ONU editou a Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença.

Como afirma Neto (2006), não se trata de um tratado internacional, dessa forma não se pode afirmar que ele tem força vinculante para o ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, também é equivocado dizer que seu conteúdo não tenha uma força argumentativa relevante.

Apesar de ser um documento internacional que trata de forma mais pormenorizada da liberdade religiosa, ater-se-á apenas às partes em que mais interessa para esse trabalho.

Dessa forma, do documento extrai-se as seguintes diretrizes:

Artigo 1º.

1. Ninguém será sujeito à coerção por parte de qualquer Estado, instituição, grupo de pessoas ou pessoas que debilitem sua liberdade de religião ou crença de sua livre escolha.
2. Ninguém será submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter uma religião ou crença de sua escolha.
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas pela lei e que são necessárias para proteger a segurança pública, a ordem, a saúde ou moral públicas ou os direitos fundamentais e liberdades dos outros.

[...]

Art. 6º. Em conformidade com o artigo 1º da presente Declaração (...) o direito à liberdade de pensamento, consciência, religião ou crença incluirá as seguintes liberdades:

[...]

- h) A de observar dias de descanso e comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos da uma religião ou crença.

De certa forma, a maioria dos tópicos acima elencados já haviam sido tratados nos documentos internacionais anteriores. A grande inovação se deu com o preceito de “observar dias de descanso”.

2.5 CONCEITO DE LIBERDADE RELIGIOSA

Ao analisar título “Liberdade Religiosa”, a primeira vista, pode parecer apenas o direito de o indivíduo, de forma livre, poder cultuar sua fé sem coação.

Dessa forma, Ferreira aponta que “a liberdade religiosa é o direito que tem o homem de adorar a seu Deus, de acordo com a sua crença e o seu culto” (FERREIRA, 1998, p. 102).

No entanto, no seu aspecto jurídico, sua definição é mais abrangente, extraindo-se uma multiplicidade de diretos desse conceito.

Jorge Miranda (2000, p. 409), de forma mais precisa, já demonstra um alargamento da interpretação da liberdade religiosa.

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.

O citado autor coloca o Estado em dupla função quanto à liberdade religiosa. Assim como não pode o Estado interferir no sentimento religioso, ao impedir, coagir, ou dificultar alguém de professar determinada crença, deve ele proporcionar meios razoáveis, sem que perca seu caráter laico (privilegiando determinada crença, em detrimento das demais), que facilitem em público ou em particular, a realização, a exteriorização, a prática dos ensinamentos religiosos (MIRANDA, 2000).

Coadunando com essa definição, Paulo Nader (2011), em sua obra “Introdução ao Estudo do Direito” descreve o que realmente significa a exteriorização da crença. Para o autor a fé ultrapassa os dogmas de adoração, tendo o fiel que colocar em prática os ensinamentos que ele acredita como sendo o certo, para assim conseguir chegar a um nível espiritual mais próximo da Divindade.

Um sistema religioso não se limita a descrever o além ou a figura do Criador. Define o caminho a ser percorrido pelos homens. Para este fim, estabelece uma escala de valores a serem cultivados e, em razão deles, dispõe sobre a conduta humana. (NADER, 2011, p. 34)

Por outro lado, não contradizendo o que preceitua Jorge Miranda (2000) e sim complementado o sentido e alcance da liberdade religiosa, José Afonso da Silva (2007), analisando o texto constitucional, faz uma definição de forma mais pormenorizada. Ele conceitua liberdade religiosa sobre três ângulos. A primeira diz respeito à liberdade de crença; a segunda, a liberdade de culto e a terceira, a

liberdade de organização religiosa. Todas garantidas de forma explícita no corpo da Constituição Federal de 1988.

Com relação à liberdade de crença, aponta Silva (2007, p. 249):

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a liberdade alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo.

Observa porém que:

Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros. (SILVA, 2007, p. 249)

Já com relação à liberdade de culto, preceitua:

A religião não é apenas o sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indica pela religião escolhida. Na síntese de Pontes de Miranda. “Compreendem-se na liberdade de culto a de adorar e a de praticar os atos próprios das manifestações exteriores *em casa ou em público*, bem como de recebimento de contribuições para isso.” (SILVA, 2007, p. 249)

Por fim, traz a definição de liberdade de organização religiosa. Prega que “essa liberdade diz respeito à possibilidade de estabelecimento de organização das igrejas e suas relações com o Estado.” (SILVA, 2007, p. 250).

É o entendimento que o Estado não pode influenciar nas organizações religiosas com o intuito de atrapalhar o seu funcionamento. Sempre primar pelo seu pleno direito de organização. Também não pode atuar para beneficiar determinado segmento religioso. No entanto, pode sim, conforme art. 19, I da CF/88, atuar “na forma da lei, na colaboração de interesse público.”

Como forma de garantir essa liberdade de uma possível intromissão abusiva do Estado, a própria CF/88, em seu art. 150, VI, b, estatui a imunidade tributária de templos de qualquer culto. Se não fosse assim, poderia uma religião que não recebe contribuição pecuniárias dos seus fiéis, ter que fechar as portas em virtude de cobrança de impostos.

2.6 LIMITES DA LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa, por ser um direito fundamental, também sofre as restrições impostas a esse grupo. Seria ilógica a tese que a liberdade religiosa pudesse ser utilizada como pretexto para o cometimento de atos ilícitos ou violação de direitos alheios. Deve ela sempre pautar no respeito à ordem pública, da moral e dos bons costumes.

Conforme Moraes (2007, p. 27):

Os direitos e garantais fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

É nessa vertente que está sendo o posicionamento dos Tribunais. No caso concreto, a liberdade religiosa não pode se sobrepor a outros direitos fundamentais de forma indiscriminada. Deve-se fazer uma análise de ponderação entre os bens protegidos. Segue abaixo um julgado em que determinada Igreja estava, no momento da celebração, com o som ultrapassando o limite de decibéis permitido pela legislação. No julgamento do caso houve a ponderação entre a liberdade religiosa e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - POLUIÇÃO SONORA - MEDIDA LIMINAR - LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE CULTO RELIGIOSO - GARANTIA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO A garantia constitucional de liberdade de culto religioso não representa um alvará para que as entidades religiosas atuem em desconformidade com a lei. Deverão elas se ajustar às disposições do Código de Posturas do Município e compatibilizar as suas atividades, de modo a não desrespeitar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que também constitui garantia prevista na Lei Maior (CF, art. 225). (TJ-SC - AG: 39802 SC 2009.003980-2, Relator: Luiz César Medeiros, Data de Julgamento: 05/02/2010, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n. , de Blumenau). (SANTA CATARINA, 2010)

Por outro lado, também não se pode restringir o direito à liberdade religiosa de modo indiscriminado, mesmo através de legislação. Por ser um direito ligado a dignidade da pessoa humana, a sua restrição merece uma análise minuciosa, isso

com o intuito de inibir possíveis violações a esse bem jurídico tão essencial.

Nesse sentido, esclarece Moraes (2007, p. 28):

Ressalta-se, porém, que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdades individuais. Faz-se mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam “adequadas” e justificadas pelo interesse público e atendam “ao critério da razoabilidade”. Em outros termos, tendo em vista a observância do princípio da proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a necessidade de sua utilização, bem como a razoabilidade, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos.

Por fim, o que se pode observar é que a liberdade religiosa não é um direito absoluto, principalmente quando invocado para legitimar violação a direitos de outrem, mas ela também não pode ser restringida, negada ao indivíduo, sem uma valorização dos bens jurídicos (direitos fundamentais) que poderão estar sendo afetados com tal restrição.

3 DO DIREITO À EDUCAÇÃO

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EDUCAÇÃO

Desde os primórdios a educação sempre esteve ligada ao homem. A questão consiste em como ela foi tratada e assimilada nas diferentes épocas da evolução humana. Por isso a importância da realização de um breve estudo de como essa “ferramenta” reagiu no meio social nos diferentes períodos da história.

3.1.1 A educação do homem primitivo

Conforme Machado Júnior (2003), na antiguidade a educação resumia-se à imitação dos adultos pelos mais jovens. Não havia organização da educação, ela era espontânea. Apenas a observação atenta do aprendiz, na hora do adulto executar as tarefas básicas de sobrevivência (alimento, vestuário e abrigo) podia proporcionar-lhe a aprendizagem necessária que deveria adquirir para sobreviver naquele meio. “Imitando o adulto, a criança recebia a experiência e a tradição dos mais velhos, e com isso ia se preparando para a idade adulta nessa educação prática, voltada para as necessidades básicas da vida.” (MACHADO JÚNIOR, 2003, p. 27).

Com o surgimento das cerimônias religiosas, houve uma pequena evolução no sistema de ensino. Poucos escolhidos passaram a receber dos donos do saber o conhecimento necessário dos rituais religiosos.

As cerimônias de iniciação constituem o primeiro esboço de um processo educativo diferenciado, que, por isso mesmo, já não era espontâneo, mas coercitivo. Elas representam o rudimento do que mais tarde viria ser a escola a serviço de uma classe. Os magos, os sacerdotes e os sábios – primeiramente simples depositários e, posteriormente, donos do saber da tribo – assumem pouco a pouco, juntamente com a função geral de conselheiros, a função mais restrita de iniciadores. Cada tribo foi recolhendo através dos anos uma larga experiência que foi sendo cristalizada em tradições e mitos. Mescla caótica de saber autêntico e de superstições religiosas, esse acervo cultural constituía o reservatório espiritual que protegia o grupo na sua luta contra a natureza e contra os grupos rivais. Nas cerimônias de iniciação, os sacerdotes explicavam aos jovens mais seletos das classes dirigentes o significado ocultos desses mitos e a essência dessas tradições. (PONCE, p. 26/27 *apud* MACHADO JÚNIOR, 2003, p. 28.)

Dessa forma, percebe-se que no início da história o modelo de ensino consistia na simples aprendizagem de técnicas rudimentares necessárias para a sobrevivência, aprendidas com a prática do dia a dia. Só com o surgimento dos rituais religiosos é que um pequeno grupo passou a ter o direito de uma educação diferenciada, que mais tarde, o capacitaria para exercer uma função de destaque na tribo.

3.1.2 A educação do homem antigo

Sobre a educação do homem antigo, analisar-se-á apenas os modelos educacionais que foram praticadas pelos gregos e romanos.

3.1.2.1 Educação grega

No sistema educacional grego, apenas os homens livres (próprios gregos) tinham o direito à educação. Em uma sociedade em que a escravidão existia em grandes proporções, e que a maioria dos habitantes não tinha direitos, apenas 1/10 da população conseguia acesso aos meios de ensino. (MACHADO JÚNIOR, 2003).

Porém, para esses poucos abastados, a ideia de educação consistia na evolução plena do indivíduo, em todos os aspectos. Isso se deu em virtude da evolução do sistema educacional grego que partiu de um modelo primitivo até atingir seu auge, com a criação de escolas filosóficas.

Conforme Silva (2003, p. 28) na Grécia, duas de suas grandes cidades, Esparta e Atenas responderam de forma diferente ao modelo educacional e ao seu real objetivo.

Esparta, por estar cercada por inimigos poderosos e a necessidade manter sobre seu controle a grande quantidade de escravos, primou pelo ensino militar, dando grande importância ao corpo, a disciplina e obediência.

O objetivo da educação espartana era dar a cada indivíduo tamanha perfeição física, coragem e obediência completa às leis, que o tornassem um soldado ideal, insuperável em bravura: um soldado em que o indivíduo estivesse absorvido pelo cidadão. Foi o mais bem sucedido dos planos extremos de educação por imposição (MONROE, 1972 *apud* SILVA, 2003, p.29)

Ao contrário de Esparta, Atenas não via na educação a ferramenta para a perfeição militar. Seu objetivo era completamente diverso.

Atenas conservava a família, atribuindo-lhe a missão de educar a criança, assegurando-lhe a liberdade, com o ensino para a verdade, para o bem e o belo. (SILVA, 2003, p. 30)

As escolas eram particulares e buscava-se o desenvolvimento moral e intelectual, e não exclusivamente físico (MACHADO JÚNIOR, 2003).

3.1.2.2 Educação romana

Já com relação aos romanos, a educação divergia e muito dos gregos. “O ideal romano sempre se ateve numa concepção de virtude, e teve na família seu suporte indispensável, consistindo o método educacional basicamente na imitação direta dos pais e dos antigos romanos.” (SILVA, 2003, p. 31)

Nesse sentido também se posiciona Paul Monroe (1972, *apud* SILVA, 2003, p. 31) sobre a forma de educação celebrada em Roma.

Numa educação que visa a, sobretudo à formação do caráter moral, as escolas não exercem senão uma função secundária. E era assim em Roma. O lugar da escola era tomado por outras instituições, principalmente o lar, o poder paterno, enaltecido nas suas funções, tornou a família a unidade social, mesmo em muitos aspectos legais deu grande revelo à importância moral do lar bem como à sua importância legal e social. O pai era responsável pela educação moral e física do menino. A mãe ocupava uma posição muito superior à das mulheres na Grécia. No lar era dignificada com uma posição de independência e responsabilidade. Ela era mais companheira de seu marido, socialmente e no governo do lar, do que na Grécia. Ela mesma criava e cuidava dos filhos, em vez de entregá-los a amas. O menino, quando um tanto crescido, tornava-se companheiro do seu pai, em vez de ser entregue aos cuidados de um escravo ou pedagogo.

Posteriormente, por volta do século III a I a.C, Roma começou a adotar o modelo educacional da Grécia, criando organizações educacionais e bibliotecas.

Quando começou a ocorrer a decadência do império romano, a primitiva igreja cristã passou a ser a responsável pelo ensino. Os romanos já não mais conseguiram justificar a real e viável necessidade de suas instituições.

3.1.3 A educação do homem medieval

A desintegração do império romano marca o início do período feudal, período esse marcado pela falta de um poder estatal forte, capaz de determinar regras a serem seguidas pela sociedade. Consequentemente o sistema educacional perdeu força.

Por outro lado, pode-se afirmar que única instituição que se manteve forte e organizada foi a igreja católica. O sistema de ensino ali ainda vigorava, mas com um objetivo diferente. O aspecto literário e intelectual foram relegados a segundo plano, dando prioridade ao caráter moral-religioso ao ensino.

Sendo a única instituição a sobreviver a queda do Império, a Igreja encontra-se na posição de única instância capacitada para dar continuidade coerente ao processo educativo. Entretanto, a primeira preocupação da Igreja será com a preparação do próprio clero e não com a formação para profissões seculares. (GILES, 1987, p. 65/66 *apud* SILVA, 2003, p. 32)

Nesse mesmo sentido pontua Silva (2003, p. 33):

Nesse período, que corresponde a toda Idade Média (séculos VII e VIII até o século XIV), a sociedade decide que a escola não tem mais como objetivo a transmissão e difusão da cultura, mas apenas um sentimento utilitário, como indica Michel Lobrot, onde “ atribui-se à escola a finalidade exclusiva de dar e conhecer a doutrina cristã, os dogmas, questões, os grandes textos sagrados do cristianismo, os padres e teólogos cristãos . Isto significa que o “ensino da cultura profana” é interdito e é-o terminantemente.

Esse cenário educacional só viria a sofrer uma mudança brusca com o surgimento do renascimento, que será melhor apresentado no tópico seguinte.

3.1.4 A educação do homem moderno

Em linhas gerais, marca-se aqui o fim da idade média, ano 1500, e inicia-se o que se conhece como época moderna.

O renascimento surge trazendo novas facetas para a educação. Esse movimento faz renascer novas concepções filosóficas, artísticas e literárias, rompendo de vez com os dogmas ensinados no período anterior.

Um programa de estudos que visava substituir a ênfase da escolástica medieval na lógica e na metafísica pelo estudo da linguagem e da literatura, da história e da ética. Preferia-se sempre a literatura antiga: o estudo do latim clássico constituía o núcleo do currículo e, sempre que possível, o estudante devia passar pelo grego. Os mestres humanistas afirmavam que a lógica escolástica era demasiado árida e irrelevante para a vida prática; preferiam, ao invés, as humanidades, destinadas a tornar seus alunos virtuosos e a prepará-los para melhor servirem às funções públicas do Estado. (BURNS, 1949, p.345 *apud* SILVA, 2003, p.34)

Por outro lado, com relação à disseminação da educação para a população, não houve tanto avanço. Ela ainda continuou restrita a um grupo minoritário.

Por sua ênfase aos estudos clássicos, e conseqüentemente, ao latim e grego, essa educação ficou restrita à aristocracia, não atingindo o homem comum, mas não deixou de ser um avanço em vista a época medieval. (SILVA, 2003, p.35)

Essa situação só começou a tomar novos caminhos com a reforma protestante de Martinho Lutero.

A reforma significou ruptura maior com a idade média, pois a sua adesão ao individualismo e a simplificação dos rituais religiosos tiveram como conseqüência a expansão da educação popular, pois para a divulgação de sua doutrina foram fundadas escolas com estudos práticos na língua vernácula para a população pobre. (SILVA, 2003, p.35)

Pensadores importantes surgiram nessa época e contribuíram mais ainda para a evolução na educação. Dentre eles pode-se citar: Galileu Galilei, Francis Bacon, Descartes, Rousseau e Comênio.

Comênio é considerado o grande educador e pedagogo moderno e é um dos maiores reformadores sociais de sua época. Foi o primeiro a propor um sistema articulado de ensino, reconhecendo o igual direito de todos os homens ao saber. Para ele, a educação deveria ser permanente, isto é, acontecer durante toda a vida humana. Afirmava que a educação do homem nunca termina por que nós sempre estamos sendo homens e, portanto, estamos sempre nos formando. (GADOTTI, 1996 *apud* SILVA, 2003, p. 36)

No entanto, com toda a evolução do sistema educacional e sua filosofia de acesso igualitário ao saber, a população como um todo ainda não dispunha de acesso à educação. No século XVIII, na França, ainda mais da metade da população do país permanecia analfabeta.

3.1.5 A educação do homem contemporâneo

Com a Revolução Francesa em 1789 e suas ideias iluministas, inicia-se uma nova era para a educação e para as demais ciências. Esse modelo iluminista trouxe novas formas de pensar, como a filosofia de igualdade social, e o saber, sendo uma das únicas formas de atingir esse objetivo.

A educação passou a ser positivada como um direito fundamental. No preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já vinha afirmado que a ignorância, o esquecimento e desprezo dos direitos dos homens eram as únicas causas dos sofrimentos públicos e da corrupção dos governos.

Vários pensadores defendiam o pleno direito à educação. Além da educação ensinada no seio familiar, pregavam a educação transmitida por instituições, com profissionais bem qualificados. Dentre os pensadores tem-se Osmar Fávero, Maria Cândida Moraes, Gaudenico Frigotto e Jean Piaget.

A educação não é uma simples contribuição, que se viria acrescentar aos resultados de um desenvolvimento individual espontâneo ou efetuado com o auxílio apenas da família: do nascimento até o fim da adolescência, a educação é uma só, e constitui um dos dois fatores fundamentais necessários à formação intelectual e moral, de tal forma que a escola fica com boa parte da responsabilidade no que diz respeito ao sucesso final ou ao fracasso do indivíduo, na realização de suas próprias possibilidades e em sua adaptação à vida social. (PIAGET, 1988, p. 35 *apud* MACHADO JÚNIOR, 2003, p.46)

Assim, a educação passou a ser uma obrigação do estado, pois proporciona o pleno desenvolvimento do ser humano, capacitando-o para o mundo do trabalho e o exercício pleno da cidadania.

3.2 EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Para trazer a tona um debate mais profundo, cabe aqui fazer uma breve análise, com base na doutrina, acerca de qual o *status* de norma jurídica é dado ao direito à educação.

Os direitos fundamentais de primeira geração seriam os direitos da liberdade; os de segunda geração, os direitos de igualdade; e os de terceira geração, os direitos de fraternidade.

Nessa classificação, o direito à educação encontra-se entre os direitos fundamentais de segunda geração. Isso por quê:

É na segunda geração que o homem, já liberto, busca uma nova proteção da sua dignidade, reclamando uma prestação do Estado, visando suprir a hipossuficiência individual para concretizar a igualdade social. Observa-se que nesse momento o homem pretende se desenvolver objetivando reduzir as desigualdades sociais, porquanto busca uma igualdade entre todos. Fala-se então em direitos sociais, pelo que insere-se os direitos fundamentais do homem, como uma decorrência direta dos direitos de igualdade e de liberdade. O direito a educação compreende o direito de igualdade de oportunidades em todos os casos, mas antes de tudo, compreende a capacidade de diminuir as desigualdades sociais e a discriminação, especialmente das classes social economicamente menos privilegiadas (TRINDADE, 2009, p. 32- 33).

Seguindo essa mesma linha, Ferraz (*apud* TRINDADE, 2009, p. 33) em relação ao direito à educação: “Direito Fundamental, inalienável, de que é titular cada pessoa humana, independentemente de sua raça, origem, sexo, cor, convicções políticas, religiosas e etc.”

Gilmar Ferreira Mendes (2015, p. 650), em sua lição constitucionalista, leciona que:

Dentre os direitos sociais, o direito à educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos.

Em uma visão filosófica, mas que também é plenamente aceitável para justificar o direito à educação como direito fundamental, são os dizeres de Teodoro Dio Dio (*apud* MACHADO JÚNIOR, 2003, p. 07):

É crime tentar suicidar-se. Deixar de educar-se é um suicídio moral. E isso porque, sem desenvolver suas potencialidades, o ser humano impede a eclosão de sua vida em toda a plenitude. Sem aprimorar suas virtualidades espirituais, o indivíduo sufoca em si o que tem de mais elevado, matando o que tem de humano para subsistir apenas como animal. Continua como ser

vivo, conservando o gênero, mas parece como homem, eliminando a diferença específica.

Assim, sintetizando todo o exposto, tem-se que o direito à educação é um direito natural do homem. Sem a educação os demais direitos fundamentais estariam seriamente comprometidos do pleno gozo pelos cidadãos, pois parte-se do princípio que a educação é o meio e a forma de capacitar o indivíduo, dando-lhe o aspecto de um ser racional, que saiba que está inserido em uma sociedade, onde ele é detentor de direitos e deveres.

3.3 DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É na Constituição Federal que se encontra o alicerce e princípios dos mais variados ramos do direito, e com o direito à educação não é diferente. Ali que estão dispostas as normas gerais e absolutas que versam sobre a educação, servindo como um ponto de referência para as demais legislações que surgirem, tratando do assunto.

Contemplando essa ideia, Paiva pontua: “na Constituição Federal que encontra-se o nascedouro do direito à educação e do dever para a educação, estando também contemplado os princípios norteadores da tarefa educacional.” (PAIVA, p. 113, 2007 *apud* TRINDADE, p. 34, 2009)

Dessa forma, fica explícita a necessidade do estudo da Constituição Federal para se compreender melhor a relação da educação com o direito.

A primeira menção direta à educação no corpo da Constituição é no art. 6º. Dentre outros, o referido artigo coloca a educação como direito social. Um direito que, conforme José Afonso da Silva, está diretamente relacionado com o direito de igualdade. “direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.” (*apud* LIBERAT, 2004, p. 209).

Mais à frente, do art. 205 ao 214, são os enunciados legais que tratam a educação de forma minuciosa, onde estabelecem as competências dos entes federados, a origem de receitas e formas de aplicação, os princípios e os fundamentos do sistema educativo brasileiro.

Fica, portanto, muito mais fácil o entendimento e integração da lei, se sua leitura for precedida por um conhecimento dos princípios que o norteiam e que estão contidos nos dez artigos de Seção “ Da Educação”, (205 a 2014), do Capítulo “ Da Educação, Da Cultura e do Desporto”, o qual faz parte do título VIII “ Da Ordem Social” da Constituição Federal. (MOTTA, 1997, p. 153 *apud* TRINDADE, 2009, p. 38)

No entanto, para este estudo que tem um enfoque específico, analisar-se-á apenas alguns desses artigos.

O art. 205 informa que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para atividades laborais. Dessa forma, sua finalidade é baseada no tripé pessoas-cidadania-trabalho.

É a pessoa humana o verdadeiro sentido de toda construção filosófico-constitucional que se faça. Sem o escopo de melhorar a condição humana nenhum direito faz sentido. A cidadania vem dar contornos a esta tarefa, assegurando a existência do homem em condições mínimas de respeito entre seus iguais no tocante à sua auto-afirmação, construindo-se assim as bases de um Estado Democrático de Direito. Por fim, o trabalho, no contexto social em que se insere atualmente, não pode ser olvidado pelo direito. São essas três facetas que devem orientar toda a formulação principiológica e sistêmica que se faça do tema educação. (FERREIRA, 2010, p. 50)

Alguns dos princípios do direito educacional foram positivados no artigo 206 e repetidos na art. 3º da lei 9394/96. Segue abaixo, para uma melhor visualização, a transcrição de tais princípios constitucionais.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Conforme Machado Júnior (2003) o princípio de igualdade (inc. I), é uma das linhas principiológicas mais importantes da educação. Ela está intimamente relacionada com a igualdade jurídica entre as pessoas. Esse princípio visa inibir que questões sócioeconômicas, questões raciais, questões de cor, questões de religião

ou de ideologias, não venham a privilegiar ou desmerecer alguns alunos em detrimento de outros.

O princípio de liberdade educacional (inc.II) traz uma visão de autonomia dos professores em sua missão de ensinar, podendo para isso empregar, com certa razoabilidade, as técnicas pedagógicas e convicções de ensino que achar mais produtiva. Por outro lado também abre espaço que o educando tenha a liberdade na aprendizagem, estando ele livre de qualquer imposição ideológica.

O princípio do pluralismo pedagógico (inc. III), estabelece a existência do sistema de ensino público e privado, com metodologias e ideologias diferentes, contribuindo para que não haja o monopólio por nenhuma das partes. Esse princípio é assim explicado por Pereira de Souza (*apud* TRINDADE, 2009, p.29):

A coexistência de instituições públicas e privadas de ensino traduz, na prática, a objetivação do princípio da liberdade de ensinar, além de corresponder à idéia de pluralismo, a que se refere o inciso III. Como é um princípio de direito, a abertura de escolas particulares, se bem fiscalizadas pelos Poder Público, não se caracteriza como uma concessão estatal, como defende alguns juristas ligados ao direito constitucional e administrativo. A concessão supõe monopólio estatal de determinada atividade e isso não ocorre no caso da educação brasileira.

O inciso IV, estabelece a gratuidade do ensino em instituições públicas. Isso porque é a sociedade a maior interessada no sistema educacional, cabendo a ela, representada pelo Estado, arcar com os custos da educação pública. Dessa forma, proporciona aos estudantes carentes condições de prosseguimento nos estudos. O fator monetário não será mais empecilho que iniba o acesso à educação.

Prosseguindo no estudo, no art. 207, trata de forma específica os princípios norteadores das universidades: autonomia e indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

A *autonomia universitária* pressupõe independência e liberdade de gestão para a formulação de normas próprias que regulem o funcionamento da instituição de ensino superior. Entretanto, não se trata de independência ou liberdade absolutas, encontra seus limites no ordenamento jurídico e nos objetivos da instituição universitária: ensino, pesquisa e extensão. (FERREIRA, 2010, p. 52, grifo do autor)

Seguindo essa mesma linha, Trindade (2009, p.68): “A autonomia universitária é assim o poder que possui esta entidade de estabelecer normas e regulamentos que são o ordenamento vital da própria instituição, dentro da esfera da

competência atribuída pelo estado, e que este reputa como lícito e jurídico.” E acrescenta: “a autonomia universitária não significa soberania e, portanto não exclui forma de controle por parte do poder público”.

Com relação ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, pontua Ferreira (2010, p. 53): “Estas são as três dimensões em que o processo educacional se desenvolve, e mais, em que o saber é produzido, reproduzido e socializado. Fora dessa missão, a universidade não merece esse título, ou sob outro enfoque, não há atividade universitária”

No tópico seguinte, passa-se a um estudo com base nas mais importantes legislações infraconstitucionais que também versam sobre a educação.

3.4 LEIS INFRACONSTITUCIONAIS QUE VERSAM SOBRE EDUCAÇÃO

O legislador infraconstitucional elaborou normas direcionadas a regulamentação da educação, algumas previamente exigidas pela Constituição e outras oriundas a partir da observação dos casos concretos. As que se aborda de forma sucinta nesse estudo são: Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o Plano Nacional de Educação e o Estatuto da Criança e Adolescente.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) começou a ser discutida após a promulgação da Constituição Federal de 1988, porém ela só concluiu seu processo legislativo, tornando-se lei, oito anos depois.

Regulando as grandes linhas traçadas pela Constituição Federal, a LDB disciplina a educação escolar, da infantil à superior, a ser desenvolvida em instituições específicas, com a participação das famílias e da sociedade. Define as incumbências, a jurisdição e a forma de relacionamento do Sistema de Ensino, inovando ao explicitar também as incumbências das escolas e dos docentes. Trata ainda, entre outras questões, da gestão democrática do ensino público, da autonomia das escolas, dos níveis e modalidade de educação e de ensino, da formação e valorização do Magistério e dos recursos financeiros. (SARI, 2004, p.71)

Sobre o Plano Nacional de Educação – PNE (Lei 13.005 de 25/06/2014), primeiro cabe frisar que ele cumpre um mandamento constitucional (CF, art. 214) e uma determinação da LDB (art. 87, § 1º). Sua elaboração ocorreu com o debates dos parlamentares das duas casas do Congresso Nacional, com as mais variadas instituições de ensino e em audiências públicas. Em seu conteúdo vêm dispostos os

objetivos e metas que deverão ser alcançados durante seu período de vigência, que são de dez anos. Dessa forma o PNE é uma política de Estado e não de governo, isso para inibir que todo o sistema educacional sofresse alteração de acordo com a mudança do chefe do executivo, caracterizando uma descontinuidade do ensino.

O Estatuto da Criança e Adolescente - ECA (Lei 8.069/1990) não é propriamente uma legislação que versa especificamente sobre educação. Pelo contrário, ele é mais abrangente, exercendo um papel de garantia dos direitos da criança e adolescente. No entanto, na parte dedicada ao direito à educação, ele traz de forma detalhada as suas diretrizes, contendo inclusive, enunciados da matéria não contemplada na LDB.

As referidas normas acima citadas, referem-se à legislação federal, mas cabe destacar que os Estados e municípios têm um sistema jurídico educacional próprio, especificamente naquilo que a Constituição Federal (art. 211) e LDB (art. 9º, § 1º) instituíram de sua competência, como por exemplo, a elaboração de normas complementares às nacionais, para que com isso, características locais e regionais sejam levadas em conta no modelo educacional ali existente.

3.5 DOS NÍVEIS DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

De acordo com a LDB (art. 21) a educação brasileira é dividida em dois níveis, educação básica e educação superior, sendo que a educação básica é compreendida em três etapas: educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

3.5.1 Da educação básica

De acordo com Machado Junior (2003, p. 77), a finalidade da educação básica é “desenvolver o educando, assegurando-lhe formação indispensável, para o exercício da cidadania e fornecendo-lhe meios para progredir no trabalho e nos estudos posteriores.”

Do art. 22 ao 28 da LDB, trata de forma geral os princípios, fundamentos e parâmetros que devem nortear a educação básica.

No art. 23 informa que a educação básica “poderá organizar-se em séries

anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar.”

Para se explicar essa liberdade de organização, infere-se que o objetivo é proporcionar ao aluno uma melhor aprendizagem, pois no seu cotidiano escolar terá sido levado em consideração a realidade da escola e da comunidade. Inclusive assegura que o calendário estudantil se adeque, caso necessário, a realidade climática e econômica da região, contudo não reduzindo as horas letivas previstas em lei, que são de 800 horas anuais, divididas num período mínimo de 200 dias.

Seguindo essa linha “de liberdade de adequação” o art. 26 assegura que os currículos da educação básica devem ter uma base nacional em comum, no entanto poderão ser complementado em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar “por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.”

Com relação à observação do rendimento escolar tem-se que ela será com base na avaliação contínua e cumulativa com prevalência “dos aspectos qualitativos sobre os quantitativos e dos resultados ao longo do período sobre os de eventuais provas finais.”.

No artigo 24, VI, estabelece uma regra de caráter geral, em torno do qual o presente trabalho despende uma maior atenção já que ela versa sobre problemática desse estudo. Diz respeito à obrigatoriedade mínima de frequência escolar para que o aluno não seja reprovado por faltas “o controle de frequência fica a cargo da escola, conforme o disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida a frequência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação.”.

Ainda sobre a educação básica, foi incluído no ano de 2014 o parágrafo único no art. 27, com objetivo de inibir o fechamento indiscriminado de escolas da zona rural, quilombolas e indígenas. “O fechamento [...] será precedido de manifestação do órgão normativo do respectivo sistema de ensino, que considerará a justificativa apresentada pela Secretaria de Educação, a análise do diagnóstico do impacto da ação e a manifestação da comunidade escolar.” Esse “empecilho” criado justifica-se

porque a realidade do ensino deve ser em consonância com o meio social em que o aluno esteja inserido.

3.5.2 Educação superior

Como último nível da educação brasileira tem-se a educação superior, que conforme o art. 44 da LDB compreende os cursos sequenciais de graduação, pós-graduação e de extensão.

No art. 43 é enumerada uma série de finalidades que o ensino superior busca, destacando o desenvolvimento científico, cultural e o pensamento reflexivo do educando, a preparação do indivíduo, dentre as mais variadas áreas do saber, para o mercado de trabalho e ao estímulo do conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais.

Em função da problemática desse estudo, dar-se-á maior atenção ao art. 47, transcrevendo-o na íntegra e tecendo pontuações a seu respeito

Art. 47. Na educação superior, o ano letivo regular, independente do ano civil, tem, no mínimo, duzentos dias de trabalho acadêmico efetivo, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver.

§ 1º As instituições informarão aos interessados, antes de cada período letivo, os programas dos cursos e demais componentes curriculares, sua duração, requisitos, qualificação dos professores, recursos disponíveis e critérios de avaliação, obrigando-se a cumprir as respectivas condições, e a publicação deve ser feita, sendo as 3 (três) primeiras formas concomitantemente:

§ 2º Os alunos que tenham extraordinário aproveitamento nos estudos, demonstrado por meio de provas e outros instrumentos de avaliação específicos, aplicados por banca examinadora especial, poderão ter abreviada a duração dos seus cursos, de acordo com as normas dos sistemas de ensino.

§ 3º É obrigatória a frequência de alunos e professores, salvo nos programas de educação a distância.

§ 4º As instituições de educação superior oferecerão, no período noturno, cursos de graduação nos mesmos padrões de qualidade mantidos no período diurno, sendo obrigatória a oferta noturna nas instituições públicas, garantida a necessária previsão orçamentária.

Como se vê, o supracitado artigo prioriza os aspectos formais da educação, destacando que o período letivo pode diferir do ano civil, mas desde que tenha duzentos dias efetivos de trabalho acadêmico.

Pondera que o aluno em casos com excepcionalidades, levando em consideração o aproveitamento nos estudos, poderá ter seu curso abreviado, respeitando as normas de ensino.

Coloca que é obrigatória a freqüência dos alunos e professoras, com exceção dos cursos à distância, mas não especifica qual a porcentagem mínima de presença. Ferreira (2010) explica que no entanto, o que se prevalece na prática é a regra da educação básica, que é de 75%, conforme o artigo 24, VI da LDB.

3.6 DO REGIME DE COMPENSAÇÃO DE FALTAS PARA GRÁVIDAS E ENFERMOS

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação estipula, como já demonstrado neste trabalho, que o período letivo compreende de duzentos dias trabalhados e que o aluno deve apresentar 75% de presença nas aulas para não ser reprovado por falta.

Ocorre que essa norma não tem caráter absoluto, uma vez que a própria legislação pátria abre algumas exceções a essa regra. É o que pode ser visto no Decreto-Lei nº 1044/69.

Com relação ao seu conteúdo, no art. 1º é estipulado que estudantes de qualquer nível de ensino que tenham adquirido infecções, traumatismos ou outras doenças que os incapacitem de frequentar a escola ou que exponham os colegas ao risco de contrair tal enfermidade, poderão ter um índice de faltas superior ao estipulado no art. 24, VI da LDB.

No art. 2º determina que, em compensação as faltas, será atribuído ao estudante faltoso trabalhos escolares domiciliares.

Para ter direito a este estado de exceção, conforme o art. 3º, é necessário laudo médico elaborado por autoridade do sistema educacional.

Seguindo nesta mesma linha de compensação de faltas, foi criada a Lei 6.202/1975, que procurou proteger estudantes grávidas. Institui a lei que a partir do oitavo mês de gestação e durante três meses, a estudante poderá faltar às aulas, tendo como forma de compensar esse lapso temporal, realizando atividades escolares no âmbito domiciliar. Caso seja necessário o aumento deste prazo antes ou após o parto, será possível através de atestado médico explicando o motivo imperioso dessa necessidade.

Tanto no caso do(a) estudante enfermo e da estudante grávida, o que se buscou com essa compensação de faltas foi conceder a eles o princípio constitucional da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, I). É inegável que a frequência aos cursos acadêmicos gerariam para esses alunos um desconforto não sentido pelos demais acadêmicos em situações normais. Então, nada mais justo a existência de legislação abrindo exceção quanto ao limite máximo de faltas permitido (FERREIRA, 2010).

4 PROBLEMÁTICA DO DIREITO A LIBERDADE RELIGIOSA *VERSUS* O DIREITO À EDUCAÇÃO

Após análise dos conceitos filosóficos e jurídicos do direito a liberdade religiosa e seus desdobramentos, juntamente com a apresentação de forma objetiva dos princípios e das legislações do sistema educacional brasileiro, surge em tela um debate que envolve o pleno gozo desses dois direitos fundamentais.

Como já demonstrado no decorrer desse estudo, a Constituição Federal de 1988 assegurou em seu art. 5º, VI e VIII, a liberdade religiosa e no art. 206, I, o direito de pleno acesso à educação, balizado no respeito e igualdade às diversidades culturais, étnicas, de crenças e etc...

Ocorre que existem no Brasil aproximadamente 1,6 milhões (IBGE, 2010) de fiéis pertencentes a religiões que respeitam a guarda sabática. Desde o pôr do sol das sextas-feiras até o pôr do sol do sábado, é o período compreendido em que os fiéis devem se dedicar as questões espirituais e sociais, sendo vedado tratar de assuntos estritamente particulares, a não ser em caso fortuito ou força maior.

Diante desses fatos, encontra-se uma questão delicada aos alunos sabatistas que estudam no período noturno em instituições de ensino regular. Pelo fato da crença sabática, estão impedidos, por convicção religiosa, de tratar de assuntos particulares, que nesse caso seria frequentar as aulas noturnas das sextas-feiras e do sábado durante o dia.

Existe porém na Lei n. 9.394/96, art. 24, VI, e demais normas que regulam a frequência escolar, que o aluno deve apresentar no mínimo 75% (setenta e cinco por cento) de presença em cada disciplina lecionada para não ser reprovado automaticamente por faltas.

Em determinadas situações, algumas matérias que são lecionadas as sextas-feiras à noite e aos sábados no período diurno, autorizam, contada sua carga horária total, ausência de 25% (vinte e cinco por cento), o que não é suficiente para a aprovação do aluno sabatista, acarretando a reprovação automática deste.

Diante dessa situação, aborda-se o posicionamento do Ministério da Educação – MEC e do Poder Judiciário, a partir de decisões judiciais que versam especificamente sobre a aparente incompatibilidade de um aluno sabatista ter pleno

direto a uma educação igualitária *versus* o direito de ter sua liberdade religiosa preservada.

4.1 POSICIONAMENTO DO MEC

No ano de 1999, o MEC, através do Conselho de Educação Básica - CEB expediu parecer (15/99) sobre o questionamento formulado pela Secretaria de Educação do Estado de Minas Gerais, solicitando legislação e/ou interpretação pertinentes ao tratamento diferenciado ao aluno frequentador da Igreja Adventista do Sétimo Dia que não comparecia às aulas após as 18h de sexta-feira invocando motivos de crença religiosa.

Sobre esse tema, no ano de 1984 o extinto Conselho Federal de Educação no parecer 430/84 já havia se posicionado negando essa possibilidade de compensação de faltas:

Os estudantes que, por motivos religiosos, não puderem comparecer às aulas em certos dias da semana, terão de receber falta, não havendo amparo legal para o abono desta. É de se esperar que, devidamente justificada a ausência, a faculdade propicie prova substitutiva para avaliação do aproveitamento, entretanto, não poderá abonar a ausência, para o fim de apuração de assiduidade (BRASIL, 1984).

O Conselho de Educação Básica em seu parecer nº 15/99 continuou seguindo esse posicionamento literal na interpretação da legislação.

Ditou que “ [...] considerando-se a clareza dos textos legais, não havia amparo legal ou normativo para o abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aulas devido às convicções religiosas.” (BRASIL, 1999).

No ano de 2000 e 2006 houve novas consultas ao MEC a respeito desse tema e o posicionamento continuou no sentido de não haver norma que legitimasse, por convicção religiosa, o descumprimento da regra legal de ter no mínimo 75% de presença para não ser reprovado por falta. Posicionamento este que se consolidou e persiste até a presente data.

Em uma primeira análise desse posicionamento, não se pode afirmar que o MEC não foi assertivo. No direito administrativo, com base no princípio da legalidade

estrita, cabe à administração pública tomar suas decisões com base apenas na lei. Dessa forma, ao se verificar o art. 24, VI da LDB, tem-se a obrigatoriedade a todos imposta de frequência mínima de 75% e a não existência de nenhuma outra lei, falando de forma específica, da possibilidade de abonar faltas dos alunos que invoquem convicção religiosa ao faltarem em determinados dias.

Ocorre que esse princípio da legalidade, para os doutrinadores Ronny Charles, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, não suporta mais essa classificação da doutrina tradicional, podendo ele ser analisado sobe outra vertente.

Legalidade estrita: Essa concepção de legalidade administrativa nasceu com o pensamento inspirador do Estado Liberal, influenciado pela preocupação com as arbitrariedades do período absolutista, do que resultou a ideia de restringir a atuação administrativa à mera execução das regras dispostas pelos representantes do povo. Assim, a legalidade estrita surgiu como um instrumento de proteção, um princípio limitador à atuação do Poder Público, a qual seria possível, apenas, dentro dos limites determinados pelas normas aprovadas pelos representantes do Povo. Contudo, a partir do Estado Social, com a ampliação das atividades públicas e a concepção de que a atuação do Estado é necessária para contornar desequilíbrios econômicos e sociais, a vinculação estrita passou a se apresentar ora como uma justificativa para a prática de arbitrariedades, sob fundamento legal, ora como uma amarra incompatível com os desafios jurídicos modernos da Administração Pública.(CHARLES, 2015, p.60)

Continuando em seu ensinamento, Ronny Charles (2015, p. 61) pontua que essa situação acabou por gerar o desenvolvimento do conceito de legalidade administrativa sob a concepção da juridicidade.

A juridicidade é apresentada como um conceito maior, que extrapola a compreensão tradicional da legalidade estrita, pois vincula a Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo (formado não apenas pelas leis, mas também pela Constituição e pelos princípios jurídicos), permitindo uma margem maior de autonomia, dentro dos limites apresentados pelo ordenamento constitucional, para a satisfação das diretrizes apresentadas por ele.

Também seguindo essa mesma linha de pensamento, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 192) pontuam: “a Administração está obrigada à observância não apenas do disposto nas leis, nos diplomas legais propriamente ditos, mas também à observância dos princípios jurídicos e do ordenamento jurídico com um todo.”

Dessa forma, não desmerecendo a posição adotada pelo MEC, mas ao se analisar de forma ampla todos os institutos legais que versam sobre o direto à

educação e a liberdade religiosa, poderia se ter uma conclusão diferente?

Ao se verificar o art. 5º, VIII da Constituição Federal “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”, combinado com o inciso VI, que versa sobre a inviolabilidade de consciência e de crença, segundo uma interpretação aceitável, asseguraria, mesmo que de forma indireta, o respeito ao abono da falta ao aluno que tivesse prejuízo por conta de ausência às aulas em dia sagrado de sua religião, não havendo disponível a devida e eficaz prestação alternativa a que a lei determina?

Não cabe a argumentação de que não havendo norma regulamentadora da prestação alternativa, a eficácia da norma estaria comprometida.

A falta de lei prevendo a prestação alternativa não deve levar necessariamente à inviabilidade da escusa de consciência; afinal, os direitos fundamentais devem ser presumidos como de aplicabilidade imediata. (BRANCO, 2015, p 314)

Complementando esse pensamento, ao analisar os princípios norteadores do direito à educação, busca-se o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

O termo “igualdade de condições” não quer dizer uma única regra geral a todos, muito pelo contrário, busca-se respeitar a diversidade e limitações de cada um. E sendo a religião algo tão íntimo, importante, capaz de determinar o modo de vida de indivíduo, a sua observância como delimitador da capacidade de igualdade entre os indivíduos é plenamente aceitável.

Para os alunos que vivenciam o dilema de conciliar seus deveres estudantis com os ditames de sua fé, escolher abandonar sua convicção religiosa significará romper com princípios de vida, crenças e todo contexto social da comunidade religiosa em que estão inseridos. De outro lado, optar por manter-se fiel às suas crenças pode representar a exclusão de processos seletivos como o vestibular (que normalmente são realizados durante um fim de semana inteiro), e mesmo a reprovação por ausência a provas ou por excesso de faltas nos cursos regulares. Resta evidente que tais alunos são alvo de um desnivelamento com os demais no acesso (vestibular) e na permanência na escola (aulas). (FERREIRA, 2010, p. 68)

A partir da análise do texto constitucional sob o enfoque do método de interpretação sistemática, levando em consideração o princípio da legalidade

administrativa defendida por Ronny Charles, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o MEC poderia concluir de forma diversa a posição adotada quanto à possibilidade de compensação de faltas?

4.2 DECISÕES JUDICIAIS FRENTE LIBERDADE RELIGIOSA E DIREITO À EDUCAÇÃO

Diante da realidade vivida por muitos estudantes, de serem reprovados por falta, ao faltarem determinado dia da semana, por motivo de convicção religiosa, o Poder Judiciário, muitas das vezes é acionado para se manifestar sobre tal situação.

Na elaboração desse estudo muitos foram as sentenças e acórdãos pesquisados que versam sobre a liberdade religiosa frente ao direito à educação.

O que foi constatado é que as jurisprudências não são unânimes com relação ao assunto. Na dialética jurídica são vários os argumentos levantados para defender ou denegar compensação de ausência, frente à liberdade religiosa.

Traz-se agora alguns desses julgados, tecendo algumas considerações necessárias.

4.2.1 Decisões judiciais favoráveis ao abono de faltas

A ação judicial (nº 4217-18.2015.4.01.4100) analisada versa sobre um professor de matemática do IFRO-RO, que requereu perante a Justiça Federal que o colegiado da PROFMAT/UNIR abonasse as faltas do período de sexta-feira a partir do pôr do sol até o sábado ao pôr do sol.

O impetrante alegou que já em outras situações não pode prestar o processo seletivo em busca de uma vaga de mestrado, visto que as provas eram realizadas no sábado. Que através de mandado de segurança nº 12648-75.2014.401.4100 conseguiu o direito de realizar a prova de seleção em horário não compreendido do período de guarda religiosa, logrando êxito na aprovação, inclusive obtendo o primeiro lugar.

Após o começo do mestrado requereu via administrativa tratamento diferenciado. Não pretendia se eximir de obrigação a todos imposta, e sim de

realizar atividades acadêmicas e avaliações das disciplinas em horário diferenciado, mas com grau de dificuldade idêntico ao dos regulares.

Em sua decisão liminar, o juiz federal Dimis da Costa Braga invocou normas constitucionais, art. 5º, VI e VIII.

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Fez uso de citação do doutrinador Jorge Miranda (2000, p. 409):

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres. [...]

Também invocou os dizeres de Marcos Leite Garcia (2005, p. 417):

A conquista da liberdade (tolerância) religiosa configura, o primeiro direito fundamental reivindicado pelos povos, e sua efetivação a consagração de maturidade de uma sociedade humana. O constrangimento à pessoa, conducente à forçá-la a renunciar sua fé, corporifica desrespeito à diversidade democrática de ideias e à própria diversidade espiritual.

Ponderou que o princípio da autonomia universitária diz respeito aos tramites burocráticos e administrativos da instituição, não podendo sob sua alegação querer legitimar a violação de direitos fundamentais

Com efeito. A autonomia didática, científica e administrativa outorgada às Instituições de Ensino Superior (IES) não legitima conduta, ainda que baseada em norma legal, que desdiga preceito advindo de direitos humanos consagrados na Carta da República. Que se repita sempre que necessário: não mais há de se falar em direitos fundamentais na medida da lei, sim em leis na medida dos direitos fundamentais. Aqui são dois direitos fundamentais a serem protegidos e absolutamente imbricados: o direito à educação e o direito à liberdade e à tolerância religiosa, fazendo-se premente a garantia de uma tutela jurídica que os retire do plano de mera declaração formal no texto constitucional para o plano da efetividade. (BRASIL, 2015)

E por fim, diante de todo o exposto, em sua decisão assegurou a proteção requerida pelo requerente.

III – NESTAS CONDIÇÕES, à vista da fundamentação expendida, defiro a liminar e determino ao impetrado que abone as faltas do impetrante do período do por-do-sol da sexta-feira ao por-do-sol do sábado, especialmente as faltas já ocorridas nas atividades dos dias 07/03/2015 e 10/04/2015 e da avaliação do dia 18/04/2015, garantindo-se-lhe a realização das atividades acadêmicas e das avaliações das disciplinas em horários diferenciados, com grau de dificuldade idêntico aos das regulares, sem prejuízo para os demais discentes, respeitando-se o por-do-sol da sexta-feira ao por-do-sol do sábado, garantindo-se o sigilo e a incomunicabilidade, caso exista a necessidade de se aplicar a mesma atividade ou avaliação. (BRASIL, 2015)

No mês de novembro de 2015, após analisar todas as provas contidas no processo, o juiz federal Dimis da Costa Braga permaneceu com sua posição e confirmou a decisão liminar, proferindo sentença concedendo em definitivo o direito pleiteado pelo autor.

Para melhor compreensão, disponibilizam-se alguns acórdãos favoráveis ao abono de faltas frente à liberdade religiosa, tecendo em seguida breves considerações sobre eles.

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR REALIZADO NO ESTRANGEIRO. REVALIDAÇÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE REVALIDAÇÃO. CANDIDATA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. LIBERDADE DE CULTO (CF, ART. 5º, VIII). REALIZAÇÃO EM OUTRO DIA. POSSIBILIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. MOTIVAÇÃO. NECESSIDADE. I - Não se afigura juridicamente possível o reconhecimento automático de diplomas obtidos no exterior, sendo imprescindível anterior procedimento administrativo de revalidação, nos termos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (art. 48, § 2º, da Lei n. 9.394/1996). Precedentes. **II - A realização de prova de revalidação de diploma em período diferenciado a candidato, membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, não põe em risco o interesse público, nem configura, por si só, qualquer violação aos princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade, posto que tal medida não implica em isenção de obrigação legal a todos imposta, mas, tão-somente, em possibilitar o seu cumprimento sem que seja violado o direito fundamental à liberdade de crença religiosa (CF, art. 5º, VIII).** III - Nos termos do art. 50 da Lei nº 9.784/99, o ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve ser motivado, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, que conduzem ao indeferimento do pleito. Em sendo assim, o ato da Instituição de Ensino Superior que concluiu pela equivalência parcial do currículo da recorrente deve ser motivado, na espécie. IV - Apelação parcialmente provida. Remessa oficial desprovida. (TRF-1 - AC: 200738010064379 MG 2007.38.01.006437-9, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 21/08/2013, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.51 de 05/09/2013) (BRASIL, 2013, grifo nosso).

O julgado defende a tese de que a realização de prova em horário diferenciado, ao invocar convicção religiosa, não constitui por si só uma vantagem. O indivíduo só requer uma data diferenciada para realização da prova, sendo que o conteúdo avaliativo permanece com as mesmas características da que foi aplicada para os demais candidatos.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA LIBERDADE RELIGIOSA GUARDA RELIGIOSA **Aluno da rede pública de ensino que foi reprovado em disciplinas escolares por não ter obtido deferimento no pedido de substituição das atividades por motivo de guarda religiosa Religião Adventista do Sétimo Dia Guarda religiosa do pôr do sol da sexta-feira ao pôr do sol do sábado Dever de cumprimento do at.5º, VIII, da Constituição Federal e da Lei Estadual nº 12.142 de 2005, que garantem o respeito à guarda religiosa por meio da substituição das atividades escolares Nega-se provimento ao recurso.** (TJ-SP APL: 00460275820108260562 SP 0046027-58.2010.8.26.0562, Relator: Xavier de Aquino, Data de Julgamento: 24/09/2013, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/09/2013) (SÃO PAULO, 2013, grifo nosso).

Nesse julgado, levou-se em consideração que a Constituição Federal, em seu art. 5º, VIII e a Lei Estadual 12.142 de 2005 já são normas legais capazes de se sobrepor ao dizeres do art. 24, VI da LDB, que determina ser obrigatório, no mínimo, setenta e cinco por cento de presença para o aluno não ser reprovado por faltas. Prestações alternativas sendo meio legal para compensar as faltas ocorridas no período da guarda sabática.

LIBERDADE DE CRENÇA. DIREITO À EDUCAÇÃO. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IGUALDADE. 1. Não há falar em separação radical de Estado/religião, permitindo a Constituição um âmbito de cooperação, mas não de sujeição a credo nem imposição de religião nacional. Diferentes trajetórias culturais e constitucionais, a justificar a recusa a um laicismo radical e a advogar o reconhecimento, na ordem jurídica, do princípio da não-confessionalidade, assente nos seguintes pilares: a) o Estado não adota qualquer religião, nem se pronuncia sobre questões religiosas; b) nos atos oficiais e no protocolo do Estado não serão observados símbolos religiosos; c) o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo diretrizes religiosas; d) o ensino público não pode ser confessional. **2. Havendo colisão entre distintos direitos fundamentais, não se pode conceber o sacrifício cabal de qualquer dos bens jurídicos postos em questão, devendo-se proceder à concordância prática entre eles, de forma que, estabelecendo limites aos direitos envolvidos, possam ser estes, ao mesmo tempo, chegarem a uma "eficácia ótima". Consequência das modernas teorias constitucionais, desde Konrad Hesse e a força normativa da Constituição.** 3. O princípio da igualdade supõe, ao lado de uma "proibição de diferenciação", também uma "obrigação de diferenciação", ajustando-se às desigualdades fáticas existentes, decorrente, no caso das convicções religiosas, de as instituições

políticas e sociais incorporarem as necessidades e interesses da confissão majoritária. Discussão já assentada no direito estadunidense, na distinção entre "direito a tratamento como igual" e "direito a um tratamento igual", e recebida pela teoria constitucional portuguesa. **4. Não há como entender-se a prevalência dos princípios da legalidade e da igualdade com o sacrifício, no caso concreto, do direito à educação de aluno adepto de credo minoritário. Necessidade de respeito ao "núcleo essencial" da liberdade de crença: liberdade de ter, não ter e deixar de ter religião e a liberdade de livre escolha da crença, de mudar e de abandonar a própria crença religiosa. Moderna doutrina de "liberdade religiosa", compatível com o pluralismo de idéias, o princípio da não-confessionalidade, a tolerância e a diversidade de culturas, crenças e idéias. Reconhecimento, como âmbito de proteção do direito, a "união indissociável entre crença e conduta".** 5. Direito reconhecido ao impetrante tanto de freqüentar disciplinas que colidam com o respeito ao seu credo- no caso, do pôr-do-sol de sexta-feira ao pôr-do-sol de sábado- em turno distinto, bem como, na impossibilidade em virtude de problemas da universidade ou pessoais justificados, a realização de trabalhos recuperatórios de conteúdo e abono de faltas correspondente. **Crêrios que não são avessos à legislação federal e que se encontram reconhecidos para casos de problemas de saúde, alunas gestantes e alunos convocados para o serviço militar obrigatório.** (TRF-4 - AMS: 31253 PR 2007.70.00.031253-5, Relator: Relatora, Data de Julgamento: 13/05/2008, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 04/06/2008) (BRASIL, 2008, grifo nosso)

O aresto trabalha o conflito de direitos fundamentais, sendo necessário harmonizar tais direitos para que nenhum deles seja totalmente desrespeitado. Os princípios da igualdade e da legalidade não podem ser institutos aptos a legitimar que um indivíduo, para ter direito ao pleno direito a educação, ter que abrir mão de sua fé. Expõem que a compensações de faltas já existem na legislação. Alunos com problemas de saúde, gestantes ou convocados para o serviço militar são beneficiários dessa norma. Se para eles, em virtude da dificuldade de frequentar as aulas é concedida a compensação, por que para os sabatistas, que também têm limitações de frequentar as aulas no período de sua guarda sabática, não poderia ter esse direito?

MANDADO DE SEGURANÇA Aluno que frequenta curso técnico profissionalizante no período noturno Impossibilidade de frequentar as aulas às sextas-feiras à noite por motivo de credo religioso, eis que guarda os sábados a partir do pôr-do-sol das sextas-feiras ("sabatista") Indeferimento de abono das faltas e prestação alternativa pela autoridade coatora - Pretensão de abono de suas faltas, de modo que possa terminar seu curso técnico, com a aplicação de provas em dias alternativos - **Conflito aparente de preceitos fundamentais Princípios da razoabilidade e proporcionalidade Liberdade religiosa, isonomia e direito à educação. Lei Estadual nº 12.142/2005 que garante o pleito deduzido pelo impetrante. Ilegalidade manifesta. Respeito à isonomia, ao tratar desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade Direito líquido e certo configurado** - Sentença concessiva da segurança mantida. Recurso desprovido.(TJ-SP - APL: 207680220118260053 SP 0020768-02.2011.8.26.0053, Relator: Oscild de Lima Júnior, Data de Julgamento:

17/09/2012, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/09/2012) (SÃO PAULO, 2012, grifo nosso).

Nesse acórdão, o debate estabelecido recai sobre a realização do juízo de razoabilidade e proporcionalidade, frente ao caso concreto de aparente choque de direitos. Liberdade religiosa, direito à educação, abono de faltas: possibilidade de conciliá-los? De acordo com o aresto sim, pois tratar os desiguais de forma desigual não afronta o princípio da isonomia.

4.2.2 Decisões judiciais contrárias ao abono de faltas

O desembargador do Tribunal de Justiça de Goiás, Fausto Moreira Dimis da 6ª Turma Civil, ao proferir seu voto em vista do agravo de instrumento Nº 330541-29.2014.8.09.0000 entendeu que não assiste direito ao abono de falta escolar ao aluno que invoque motivo religioso.

Em síntese, uma aluna, membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, que cursava Administração na Universidade Estadual de Goiás, requeria:

Conseguir meios alternativos em substituição às aulas oferecidas nos horários incompatíveis com sua crença, bem como ordem para que a UEG se exima de computar suas faltas às aulas ministradas durante o pôr do sol de sexta-feira ao pôr do sol do sábado e que lhe seja disponibilizadas aulas ou atividade suplementares em períodos diversos do guardado, por força do artigo 5º, incisos VI e VIII da CF. (GOIÁS, 2015)

O juiz de primeira instância concedeu parcialmente a tutela pretendida pela requerente, e em sede de Agravo de Instrumento a Universidade Estadual de Goiás (UEG), recorreu.

No seu voto, o desembargado Fausto Moreira esclareceu que a problemática tratava-se do confronto de direitos assegurados constitucionalmente: a liberdade de crença religiosa e o direito à educação em face de princípios como o da legalidade, igualdade e isonomia.

Para fundamentar o seu voto, o desembargador trouxe alguns julgados sobre o tema, negritando as partes a qual achava mais importante. Veja-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA. REALIZAÇÃO EM DIA DIVERSO DO

PROGRAMADO. LIMINAR DEFERIDA. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. IMPOSSIBILIDADE. ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO. I - Omissis. II - **O direito à liberdade de crença, assegurado pela Constituição da República, não pode almejar criar situações que importem tratamento diferenciado - seja o favoritismo seja a perseguição - em relação a outros candidatos de concurso público que não professam a mesma crença religiosa. Precedente. Recurso Ordinário desprovido.**” (STJ, 5ª T, RMS nº 22825/RO, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 13/08/2007) (GOIÁS, 2015).

Analisando esse acórdão utilizado pelo desembargado, verifica-se que de fato a Constituição Federal, quando protegeu a liberdade de crença não quis criar tratamento diferenciado - seja favoritismo ou perseguição para praticante de determinada fé, até porque o estado é laico. Conforme Ferreira (2010) o que a Constituição Federal almejou, é que diante de situações de uma obrigação legal a todos imposta, confrontando ela com princípios religiosos de determinado grupo, fosse ofertado a esse grupo um tratamento diferenciado, com o desejo de justamente igualar as diferenças.

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PROVAS DISCURSIVAS DESIGNADAS PARA O DIA DE SÁBADO - CANDIDATO MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA - PEDIDO ADMINISTRATIVO PARA ALTERAÇÃO DA DATA DA PROVA INDEFERIDO - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE - NÃO VIOLAÇÃO DO ART. 5º, VI E VIII, CF/88 - ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL – RECURSO DESPROVIDO. 1. O concurso público subordina-se aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, de modo que todo e qualquer tratamento diferenciado entre os candidatos tem que ter expressa autorização em lei ou no edital. 2. O direito à liberdade de crença religiosa, garantido no art. 5º, incisos VI e VIII, da Constituição não outorga ao impetrante a prerrogativa de prestar prova de concurso em horário diverso dos demais candidatos. - **Prevalência dos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade em face do direito de liberdade de crença.** - Sucumbência mantida, fixada na esteira dos precedentes da Turma. - Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. - Apelação improvida. (TRF4, 3ª Turma, AC nº 2003.70.02.005660-9, Relª. Desª. **Silvia Maria Gonçalves Goraieb**, DJ de 26/10/2005) (BRASIL, 2005, grifo nosso) (GOIÁS, 2015)

Sobre esse julgado, invocando o art. 5º, incisos VI e VIII da Constituição Federal, será mesmo que não fornece, em uma interpretação válida, o amparo legal que autorize uma prestação alternativa? O princípio da legalidade, já não estaria sendo sanado? Teria mesmo que haver um a legislação infraconstitucional específica declarando tal direito?

Paulo Gustavo Gonet Branco declara (2015, p. 314) que a “Falta de lei

prevendo a prestação alternativa não deve levar necessariamente à inviabilidade da escusa de consciência; afinal, os direitos fundamentais devem ser presumidos como de aplicabilidade imediata (art. 5 § 1º da CF)”, o que indica estar a prestação alternativa vinculada ao princípio da legalidade, vez que prevista na Constituição Federal.

O desembargador Fausto Moreira Dinis (GOIÁS, 2015), com base nesses dois julgados acima descritos, e em outros que também não asseguravam prestação alternativa para adeptos da guarda sabática, em seu voto sentenciou que:

Determinar horários especiais para a impetrante, ora agravada, realizar provas ensejaria privilégio em detrimento dos demais alunos, afrontando, assim, o sagrado princípio constitucional de isonomia. GOIAS, 2015)

Posição essa que foi acompanhada de forma unânime pelo demais integrantes da Segunda Turma Julgadora da Sexta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Aprofundando os estudos sobre esse processo em comento, foram encontradas algumas matérias jornalísticas versando sobre o caso. No site “Folha Gospel” (2015) havia o posicionamento da advogada Sabrina Machado, que foi autora da ação. Ela esclareceu que foram ajuizados dois Mandados de Segurança, visando garantir o direito de liberdade religiosa de alunos adventistas matriculados na UEG. Para ambos, foram concedidas decisões liminares assegurando a possibilidade de realização das avaliações em outro dia.

A UEG impetrou agravo de Instrumento das duas decisões, e uma dos processos foi remetido para 5ª Câmara e outro para 6ª Câmara do TJ-GO. A 6ª Câmara deu provimento ao agravo, situação diferente da 5ª Câmara, em que o desembargador Francisco Vildon J. Valente reconheceu o direito do adventista de não ser submetido a avaliações aos sábados.

A advogada, quando questionada, qual análise que tinha sobre a sentença desfavorável, ponderou: “conceder tratamento desigual, desde que se guarde a razoabilidade e a proporcionalidade, àqueles que se encontram em situação de desigualdade satisfaz o princípio da isonomia” (FOLHA GOSPEL, 2015).

Aprofundando a pesquisa em relação aos julgados que denegam o direito de compensação de faltas aos alunos sabatistas, foram encontradas várias outras decisões nos diversos tribunais do país. A seguir será exposto algumas.

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - FACULDADE ESTADUAL COM AULAS ÀS SEXTAS-FEIRAS À NOITE - ALUNA IMPETRANTE QUE PROFESSORA O CREDO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA - ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE COMPARECIMENTO ÀS ATIVIDADES ACADÊMICAS - PRETENDIDO ABONO DE FALTAS, MEDIANTE PRESTAÇÃO ALTERNATIVA - SEGURANÇA CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU, PORÉM COM LIMINAR SUSPENSÃO ATÉ TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA - APELO DA FACULDADE IMPETRADA - LEI ESTADUAL Nº 11.662/97, EM CONFLITO COM A LEI FEDERAL Nº 9.394/96, QUE DISCIPLINA AS DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA DE PRESTAÇÃO ALTERNATIVA, EM CASOS DE FALTA POR CONVICÇÃO RELIGIOSA - NÃO CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA - PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA QUE DEVE SER APLICADO DE FORMA RAZOÁVEL, SOB O PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, ISONOMIA E IMPESSOALIDADE, BEM COMO VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA, E DAS NORMAS QUE REGEM A INSTITUIÇÃO - RISCO DE COMPROMETER O FUNCIONAMENTO DA FACULDADE - ALUNA QUE INGRESSA NA INSTITUIÇÃO DE ENSINO CONHECENDO SUAS NORMAS, INCLUSIVE AQUELAS QUE NÃO ATENDEM A SUAS CRENÇAS RELIGIOSAS - IMPOSIÇÃO DE ADAPTAÇÃO QUE NÃO PODE SER APLICADA À FACULDADE - ALUNA QUE DEVE SEGUIR AS NORMAS IMPOSTAS A TODOS OS ALUNOS - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SENTENÇA MODIFICADA - SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO. (TJ-PR 5910936 PR 591093-6 (Acórdão), Relator: Marco Antonio de Moraes Leite, Data de Julgamento: 13/03/2012, 6ª Câmara Cível) (PARANÁ, 2012)

No julgado acima descrito defende-se a ideia que ao se conceder abono de faltas, com base na liberdade religiosa, estar-se-ia provocando ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, isonomia e impessoalidade. O juízo de ponderação aqui utilizado vê a liberdade religiosa como princípio secundário, podendo ser mitigado a pretexto de preservação dos demais.

Conforme Bulos, (2015, p. 463) a técnica da ponderação é:

o recurso colocado a disposição do intérprete para que ele avalie qual o bem constitucional que deve prevalecer diante de situações de conflito. Por seu intermédio procura-se estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contraposto. Como os bens constitucionais não são uns superiores aos outros, afinal integram um mesmo texto magno, e foram procriados pelo mesmo poder constituinte, apenas pelo **estudo do caso concreto saberemos qual deve prevalecer**. À vista da situação prática, o interprete analisa qual **o bem que deve prevalecer perante o outro, sempre buscando o resultado socialmente desejável**. (grifo nosso)

Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 314) leciona:

A objeção de consciência admitida pelo Estado traduz forma máxima de respeito à intimidade e à consciência do indivíduo. O Estado abre mão do princípio de que a maioria democrática impõe as normas para todos, em troca de não sacrificar a integridade íntima do indivíduo.

Assim pergunta-se: a liberdade religiosa e o direito à educação não deveriam prevalecer frente aos princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade, diante de um caso concreto, em que abonar as faltas de alunos sabatistas, significaria a possibilidade de proporcionar a esse grupo poder continuar seus estudos, sem a ameaça de terem que abdicar de sua fé para não serem reprovados por faltas.

No julgado, também defende-se a tese de que o aluno que deve adequar-se as regras da instituição e não ao contrário, sob pena de acarretar violação a ordem pública. Dessa forma se faz o seguinte questionamento: para estudante grávida ou estudante enfermo, que por lei expressa tem o direito de ter suas faltas compensadas por trabalhos extraclases, deveriam eles também se adequar a instituição de ensino e não o contrário? Ao conceder prestação alternativa a eles e não aos alunos sabatistas, não se estaria utilizando dois pesos e duas medidas? Já que cada grupo mencionado tem justificativas plausíveis e legais (o primeiro com base em lei específica, o segundo com base na Constituição) que legitimam suas faltas.

MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. ALUNO ADVENTISTA DO 7º DIA. ABONO DAS FALTAS. PROVAS SUBSTITUTIVAS. HORÁRIOS DIVERSOS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA. NÃO OCORRÊNCIA. TRATAMENTO ISONÔMICO. 1. Não há violação da liberdade religiosa por meio de aplicação de regras, pela instituição de ensino, quanto à grade curricular, horários, período letivo, programas das disciplinas e formas de avaliação. Tratamento isonômico dado aos alunos. 2. A Lei n. 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) exige a frequência de alunos e professores, salvo nos programas de educação a distância (artigo 47). 3. Precedente desta Corte. 4. Remessa oficial e recurso de apelação providos. (TRF-3 - AMS: 8677 SP 0008677-23.2011.4.03.6108, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, Data de Julgamento: 23/08/2012, TERCEIRA TURMA) (BRASIL, 2012)

Nesse julgado, também há fundamento de que ao fornecer tratamento diferenciado, em virtude da liberdade religiosa, estar-se-ia ferindo o princípio da isonomia. De acordo Aristóteles (*apud* BULOS, 2015, p. 555) “a igualdade consiste em quinhoar os iguais igualmente e os desiguais na medida de suas desigualdades”. Estariam os alunos sabatistas em pé de igualdade com os demais ao ter que,

contrariando um dos princípios fundamentais de sua fé, comparecer às aulas lecionadas durante o seu período de guarda religiosa? O tratamento diferenciado não seria o fio condutor capaz de trazer a igualdade frente ao caso concreto?

ADMINISTRATIVO. RELIGIÃO. ABONO DE FALTAS E PRESTAÇÃO DE PROVAS EM DIAS ALTERNATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INDEFERIMENTO 1. A liberdade religiosa assegurada pela Constituição Federal não obriga o Estado - que é laico - a subordinar-se aos preceitos de qualquer religião. Qualquer cidadão pode professar livremente qualquer religião. A Constituição Federal e o Estado lhe garantem livremente o exercício deste direito. Quando o cidadão, porém, lida com assuntos terrenos, às regras próprias deve amoldar-se, e não o contrário. E nisso não há qualquer ofensa à liberdade religiosa. 2. A permissão propugnada implicaria ofensa à isonomia, porquanto os demais alunos se submetem ao plano da Universidade, a qual teria que abrir exceção desarrazoada em prol daquele aluno de determinada religião. (TRF-4 - AC: 50435175020124047000 PR 5043517-50.2012.404.7000, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 19/03/2013, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 20/03/2013) (BRASIL, 2013)

No julgado defende-se que o Estado não deve interferir, nem para facilitar, nem para atrapalhar em questões religiosas de determinado grupo, isso em virtude de ele ser laico. Que diante das imposições legais terrenas não pode prevalecer questões religiosas.

Em uma visão mais ponderada, pontua o STF (AgR 389 apud BRANCO, 2015, p. 317)

o dever de neutralidade do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal". Por isso mesmo, deve "o Estado, em **alguns casos**, adotar comportamentos positivos, com a finalidade de afastar barreiras e sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé (grifo nosso).

Nesse mesmo sentido Gilmar Mendes (*apud* BRANCO, 2015, p. 317) pontua: "Não se ajusta ao modelo da Constituição de 1988 a imagem da "construção de um muro entre Igreja e Estado"."

Assim, compreende-se que o fato de o estado ser laico, não leva a crêr que ele seja avesso a religião.

CONCLUSÃO

O presente trabalho lançou-se no estudo dos direitos fundamentais e sua eficácia nos casos concretos.

Foi realizado a partir do direito à liberdade religiosa um confronto com as normas do sistema educacional brasileiro, especificamente com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

A referida norma, no art. 24, VI ao determinar que o aluno deve apresentar no mínimo 75% de presença para não ser reprovado por falta, sem a existência da possibilidade de abonar faltas a quem alegue motivo religioso, faz com que o direito à liberdade religiosa ou o pleno direito à educação seja mitigado no caso concreto. Isso porque o aluno que optar por preservar sua fé, praticando a guarda sabática, correrá o risco de ser reprovado por falta.

Dessa forma, o que está havendo é que direitos fundamentais - , direito à liberdade religiosa e direito à educação - estão sofrendo restrição com base em uma legislação infraconstitucional, quando na verdade essas restrições deveriam decorrer apenas de previsão constitucional ou emanar da necessidade de adequação de outros valores que também devam ser protegidos.

A restrição oriunda da frequência obrigatória mínima poderia ser justificada como exigência de uma política que visa garantir a qualidade da educação. Entretanto, não se vê razão suficiente para que a liberdade religiosa seja desrespeitada pelo sistema educacional, uma vez que prestação alternativa, como por exemplo, aplicação de trabalhos extra-classes, poderiam suprir essa lacuna.

Diante dessa problemática, o Ministério da Educação já se posicionou. Para ele, o entendimento formado é que não há possibilidade de realizar compensação de ausência a quem invoque motivo religioso - mais especificamente com relação a guarda sabática - por falta de expressa previsão legal.

Em busca de trazer solução ao caso concreto o Poder Judiciário é constantemente acionado. Ocorre que as jurisprudências não são uniformes. Há tanto julgados que concedem quanto que denegam a compensação de ausência. Os juízes singulares são os que mais concedem o direito a compensação de faltas, ao passo que os tribunais, na maioria, são contrários.

Os argumentos favoráveis a compensação de faltas baseiam-se, em síntese, que no art. 5º, VI e VIII da Constituição, que por si só já são normas legais que legitimam a escusa de consciência, tendo aplicação imediata. Que sendo a liberdade religiosa detentora de *status* de direito fundamental, seria arbitrário que o Estado, a pretexto de cumprimento de uma obrigação a todos imposta, seja conivente com a hipótese de um indivíduo ter que largar mão de suas convicções religiosas para não ser privado de um direito, visto que na medida da proporcionalidade e razoabilidade, poderia haver uma prestação alternativa. Julga que o princípio constitucional da autonomia universitária não pode legitimar o descumprimento de direitos fundamentais

Já os que são contrários alegam que a liberdade religiosa assegurada na Constituição Federal não pode ser meio para legitimar um tratamento diferenciado, visto que se estaria criando um privilégio para alguns em detrimento dos outros, contrariando assim os princípios da isonomia e da impessoalidade. Alegam que o artigo 5º, VI e VIII, por si só não legitimam compensação de ausência, visto que deveria haver legislação específica declarando tal direito.

Diante de toda essa problemática, o melhor caminho a seguir para se ter o direito à liberdade religiosa e o direito à educação se complementando frente aos casos concretos de alunos sabatistas, seria a edição de uma lei federal alterando a LDB, a fim de contemplar os estudantes religiosos com regime de compensação de ausências, como ação afirmativa por parte do Estado.

Caso essa norma fosse atacada por ferir o princípio da laicidade não prosperaria alegação, pois o Estado não estaria privilegiando qualquer grupo religioso, mas tão somente oportunizando condições para que a religiosidade dos indivíduos seja manifestada; da mesma forma o princípio da igualdade não seria afrontado, pois na medida das desigualdades os desiguais são tratados de formas diferentes.

E, por fim, cabe ressaltar que o estudo desse tema não se esgota ao conteúdo contido nesse trabalho. A liberdade religiosa e o direito à educação, partindo da premissa que eles se enquadram no perfil de uma ciência jurídica dialética, comporta a formação de novas ideias a partir de novos questionamentos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva 2015.

BÍBLIA SAGRADA. **Bíblia Plenitude**. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão**. Ijuí, RS: Unijuí, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Dispõe sobre Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 08 jul. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 1.044 de 21 de Outubro de 1969**. Dispõe sobre tratamento excepcional para os alunos portadores das afecções que indica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1044.htm>. Acesso em 12 dez 2015.

_____. **Lei nº 6.202 de 17 de abril de 1975**. Dispõe sobre Atribuir à estudante em estado de gestação o regime de exercícios domiciliares instituído pelo Decreto-lei nº 1.044, de 1969, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6202.htm>. Acesso em 12 dez. 2015.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996**. Dispõe sobre estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6202.htm>. Acesso em 05 dez. 2015.

_____. **História das Constituições Anteriores**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-anteriores-1>>. Acesso em 05 nov. 2015.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos na íntegra**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 01 nov. 2015.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos na íntegra Coletânea de Tratados Internacionais**. Disponível em: <

<https://neccint.wordpress.com/legislacao-internacional/>>. Acesso em 01 nov. 2015.

_____. **Censo Demográfico/Características Gerais Religião**. Disponível em: < ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religi_ao_Deficiencia/tab1_4.pdf >. Acesso em 01 out. 2015.

_____. **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 330541-29.2014.8.09.0000**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150219-02.pdf> >. Acesso em 01 out. 2015.

_____. **Pareceres do MEC quanto à possibilidade de abonar faltas de alunos sabatistas**. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/par/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/12865-frequecia-faltas-e-abono-de-faltas> >. Acesso em 01 out. 2015.

_____. **EXAME DE REVALIDAÇÃO. CANDIDATA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. LIBERDADE DE CULTO (CF, ART. 5º, VIII). REALIZAÇÃO EM OUTRO DIA**. <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24163075/apelacao-civel-ac-200738010064379-mg-20073801006437-9-trf1>>. Acessado 02/02/2016

_____. **Aluno da rede pública de ensino que foi reprovado em disciplinas escolares por não ter obtido deferimento no pedido de substituição das atividades por motivo de guarda religiosa Religião Adventista do Sétimo Dia**. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117691078/apelacao-apl-460275820108260562-sp-0046027-5820108260562>>. Acessado 02/02/2016.

_____. **LIBERDADE DE CRENÇA. DIREITO À EDUCAÇÃO. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IGUALDADE**. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8917336/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-31253-pr-20077000031253-5-trf4>>. Acessado 02/02/2016.

_____. **Aluno que frequenta curso técnico profissionalizante no período noturno Impossibilidade de frequentar as aulas às sextas-feiras à noite por motivo de credo religioso**. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22431662/apelacao-apl-207680220118260053-sp-0020768-0220118260053-tjsp>>. Acessado 02/02/2016
Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21478965/5910936-pr-591093-6-acordao-tjpr>>. Acessado 02/02/2016

_____. **ENSINO SUPERIOR. ALUNO ADVENTISTA DO 7º DIA. ABONO DAS FALTAS. PROVAS SUBSTITUTIVAS. HORÁRIOS DIVERSOS**. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22288169/apelacao-civel-ams-8677-sp-0008677-2320114036108-trf3>>. Acessado 02/02/2016

_____. **ADMINISTRATIVO. RELIGIÃO. ABONO DE FALTAS E PRESTAÇÃO DE PROVAS EM DIAS ALTERNATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112956669/apelacao-civel-ac-50435175020124047000-pr-5043517-5020124047000/inteiro-teor-112956719>>.

Acessado 02/02/2016.

_____. **Pareceres do MEC quanto à possibilidade de abonar faltas de alunos sabatistas.** Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/par/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/12865-frequencia-faltas-e-abono-de-faltas>> . Acesso em 01 out. 2015.

_____. **Sentença proferida pela Justiça Federal de RO.** Disponível em:< http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=ca97e1f1cca55015ff9e99afeb3854d7&trf1_captcha=dyk7&enviar=Pesquisar&proc=126487520144014100&secao=RO> . Acesso em 01 out. 2015.

CÁCERES, Florival. **História geral.** São Paulo: Moderna, 2005.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais:** limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva 2010.

FERREIRA, Natanael Alves. **A controvérsia acerca do respeito ao dia de descanso.** 2010, 140 f. Monografia – Curso de Direito. Instituto de Ensino Superior, Formosa,GO, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FILHO, Napoleão Casado. **Direitos humanos e fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). **Direito à educação:** uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.**10 . ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O direito à educação na realidade brasileira.** São Paulo: LTr, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2007 8 edição.

NETO, Jayme Weingartner Neto. **A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa:** um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo. 2006, 576 f. Tese (Doutorado em Direito)- Programa de Pósgraduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TERAOKA, Thiago Massão Cortiz. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. 2010, 282 p. Tese (Doutorado em Direito)-. Programa de Pósgraduação em Direito, Faculdade de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TRINDADE, André (coord.). **Direito universitário e educação contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.